

أركان
الحراسة القضائية
في الفقه الإسلامي والنظام السعودي



نبيل بن محمد بن صالح المشيقح (*)

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد،

فهذا بحث عن أركان الحراسة القضائية بين الفقه الإسلامي والقضاء السعودي تنبع أهميته من حاجة الناس إليه ضماناً لحقوقهم وحفظاً لأموالهم ذلك أن بعض الناس يتهربون من سداد ديونهم ادعاء أن شركاتهم قد خسرت وأن أموالهم قد ضاعت وهم كاذبون يريدون المماطلة والتهرب فيقوم القضاء بالحراسة لأموال هؤلاء المتهربين حفظاً لأموال الشركاء والغرماء والمودعين، وقد اهتم الفقه الإسلامي بذلك في باب الحجر والرهن وقام القضاء في الوقت الحاضر بما يسمى الحراسة القضائية. ويجيء هذا البحث لبيان أركان هذه الحراسة القضائية ومقارنتها بما جاء في الفقه الإسلامي.

(*) باحث في مرحلة الدكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.

وقد اقتضت خطة البحث أن يكون في مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث يتناول كل منها ركناً من الأركان في الفقه والقضاء ثم خاتمة تجمل ذلك وقائمة بأهم المراجع. وقد بينت في التمهيد هذه الأركان الأربعة ثم فصلت القول فيها في كل مبحث على حدة. والله ولي التوفيق.

الباحث

تمهيد

قيام الحراسة القضائية - بحكم قضائي عاجل - يعتمد لصحته على أركان إجرائية مُبررة، ومنسجمة وفق خصائص الحراسة الحُكْمِيَّة، وهذه الأركان - مع أهميتها في الحراسة القضائية - لم يتفق على تقريرها رجال القضاء أو منظمو الدساتير التشريعية، فهم بين زيادة ونقصان فيها حسب اتجاهاتهم الفكرية^(١)، وحينما اصطَلَحُوا على تسميتها بالأركان، فليس بالمعنى الاصطلاحي الفقهي الشرعي^(٢)، وإنما تقريراً لمرتكزاتها الإجرائية، وأسبابها القضائية.

لذا لم يتفق الجميع على تسميتها واصطلاحها بالأركان، فهناك من سماها شروطاً، وآخرون سموها خصائص^(٣)، فمع مشاحاتهم واختلافهم في اصطلاحها،

(١) ينظر مثلاً: «القضاء المستعجل» محمد عبداللطيف: (٢٩٩)، «الموسوعة القضائية الجديدة في القضاء المستعجل» مصطفى هرجة: (٥٩٨)، «الحراسة القضائية» د. عبد الحميد الشواربي: (٤١)، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (٧٥).

(٢) «الحراسة القضائية» د. مراد حيدر: (٦٥).

(٣) «القضاء المستعجل في نظام المرافعات» د. عمر السناني: (١٥٠)، «الحراسة القضائية» صالح الجربوع: (٣٨)، «النظرية العامة للحراسة» د. رضا محمد عبدالسلام: (٣٠)، «المسؤولية القانونية للحارس» د. حسين خليل: (١٥١)، «الحراسة القضائية» أحمد هاني مختار: (١٢)، «دعوى الحراسة» إبراهيم المنجي: (٨٣)، «الحراسة القضائية» محمد البكري: (٢٥)، «دعوى الحراسة» د. معوض عبدالنواب: (٢٦)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٦/٢)، «المشكلات العملية في القضاء المستعجل» د. عبدالفتاح مراد: (١٠٢).

فقد حصل الاتفاق على تقريرها وأهميتها، فمنها ما ذكر صراحة في نصوص الأنظمة أو ضمناً، أو ما أورده شراح النظم، أو جاء في طيات الأحكام والقرارات العاجلة .

وكان من ضمن المرتكزات والدعائم للنظر والحكم في دعوى الحراسة، ما جاء في هذه الدراسة على أربعة مباحث، أولها خُصص لدراسة النزاع الجدي المبرر لقيام الحراسة القضائية، والثاني لإيضاح الاستعجال وأثره في قيام الحراسة، والثالث لبيان تعيين الحراسة القضائية، وكونها الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الشيء محل الحراسة، ورابعها لدراسة قابلية الشيء محل الحراسة للوضع تحت الحراسة .
والتي أقتصرت عليها لأهميتها وأثرها، ولتحقق أصلها الفقهي، وللإعتراف بها من قبل المنظم السعودي، وتقريرها القانوني .

* * *

المبحث الأول

النزاع الجدي المبرر لقيام الحراسة القضائية

إن ماهية النزاع المعتبر قضاءً لصحة صدور الحكم العاجل لقيام الحراسة، هو مما لم تأت الشريعة الإسلامية - في أحكام العقلة والتوقيف - بتحجيره على ناظر الدعوى العارضة في صور معينة، أو معانٍ قاصرة^(١)، بل جاءت النصوص الفقهية، والفتاوي الشرعية المذهبية - كما سيظهر - فيها من المرونة في تحديد معنى النزاع الجدي ومراده، وشكله ونطاقه، حسب كل حالة على حدة، مما تدعو فيه الحاجة

(١) حصر القانون المدني الفرنسي الحديث ومن سار على خطاه - كالمغربي - في النزاع المعتبر لجديته أن ينصب على الملكية أو على واضح اليد فقط، كما في الفقرة الثانية من المادة (١٩٦١)، وهو ما لم تأخذ به. بعد ذلك الأنظمة والشروح والأحكام القضائية القانونية، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبد اللطيف هداية الله: (٧٩) .

لحكم عاجل، وما يتحقق من خلاله من جلب المصلحة ودفع المفسدة، والتي هي مناط مآخذ الأحكام القضائية والشرعية .

فللناظر القضائي في الدعاوى العاجلة السلطة التقديرية في اعتبار النزاع القائم في الدعوى المستعجلة أو عدم اعتباره، فلا يكفي الطلب المجرد أو صورية الدعوى لجديّة النزاع، فلا بد أن يكون النزاع موجباً للحيلولة والعُقلة من خلال النظر الفاحص لمستندات الطرفين، والملابسات المحيطة، والظروف الموازية للدعوى، ووقائعها، وعليه يحكم بفرضها، أو رفضها، أو عدم الاختصاص بها، ثم يخضع للتمييز والاستئناف^(١) - كما في النظام السعودي^(٢) - للتأكد من صحة أساس حكمه النهائي فيها .

وإن استلزم لاعتبار جدية النزاع من عدمه، فحصاً متعمقاً خارجاً عن ظاهر المستندات، وظروف الدعوى، كالأمر بالإحالة إلى التحقيق، أو ندب الخبراء، أو غيرها، فإنه قد يمس أصل الحق، ويخرج عن طبيعة الحراسة، وحكمها العاجل، فلا

(١) الأنظمة والشروح القانونية تُقرر عدم خضوع قاضي الدعاوى المستعجلة في سلطته التقديرية لرقابة محكمة النقض أو الإستئناف في تقدير مدى جدية النزاع من عدمه، «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبدالحكيم فراج: (٩٦)، «الموسوعة القضائية الحديثة في القضاء المستعجل» مصطفى هرجة: (٦٠٢) .

(٢) جاء في المادة الخامسة والسبعون بعد المائة وكذا في الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنفس المادة من نظام المرافعات الشرعية، ما يُجيز الاعتراض وإعمال تعليمات التمييز على الأحكام الصادرة في الحراسة، فنصت المادة: "يجوز الاعتراض على الحكم الصادر بوقف الدعوى وعلى الأحكام الوقتية والمستعجلة قبل الحكم في الموضوع"، ونصت لائحتها التنفيذية: "تطبق إجراءات الاعتراض على الأحكام الصادرة في أصل الدعوى، على الأحكام الصادرة بوقف الدعوى والأحكام الوقتية والمستعجلة"، «الرجع في نظام المرافعات الشرعية» د. معوض عبدالنواب: (٤٧٤) وما بعدها، ونصت الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية للمادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين لنفس النظام: "الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة خاضعة لتعليمات التمييز، ويجوز الاعتراض عليها وفق المادة (١٧٥)"، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية»: (١٢٣-١٥١/١/٢)، وجاء في الفقرة الخامسة من اللائحة التنفيذية للمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين لنفس النظام ما نصه: "للقاضي عند الاقتضاء... أن يقيم حارساً... ويخضع لتعليمات التمييز"، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٢٨-١٥١/١/٢)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٨/٢) .

يختص بإجرائه^(١).

وكلما اقتضت الضرورة حفظ أموال وحقوق الخصوم - بحكم قضائي عاجل - حين النزاع، أياً كانت صورته الشكلية، أو معناه الموضوعي، فتفرض الحراسة القضائية - كما تقرره النصوص الفقهية - بغض النظر عن محل النزاع أو مجاله، سواء في ثابت أو منقول، أو منهما، وسواء كان هذا النزاع في الملكية، أم على واضع اليد، أم على الحياة، أم متعلقاً بإدارة المال واستغلاله، أو غيرها، كما في صورة النزاع الذي يكون فيه الحق غير ثابت، سواء في أصله أو في إدارته، أو كونه مقترناً - كما تورده الشروح القانونية^(٢) - بشرط واقف أو فاسخ أو غيرهما .

وفي أحيانٍ قد تقتضي الضرورة العملية، والمصلحة الشرعية المعتبرة، بموجب السلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة، فرض الحراسة - والعُقلة - القضائية، حتى مع عدم وجود النزاع، إذا وُجدَ من الأسباب المعقولة، ما يخشى على وجود المال تحت يد حائزة^(٣)؛ لذا فلا يشترط لصحة قيام الحراسة كون النزاع له وجود شكليّ بدعوى مرفوعة، أو حتى سبقه برفع الدعوى الأصلية له .

وعليه فالذي قرره الفقهاء رحمهم الله في مدوناتهم أن تقدير النزاع المبرر لقيام الحراسة لا يخضع لمعيار إجرائي ثابت، فالحاكم في ذلك هو النظر والتقدير لدى القاضي المختص، حسب توصيفه القضائي، وتسببه السائغ إلى ما انتهى

(١) «قضاء الأمور المستعجلة» محمد علي راتب وزميلي: (١/١٠١٢)، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبد اللطيف هداية الله: (٨٥) .

(٢) «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبد الحكيم فراج: (٩٣)، «القضاء المسعجل» محمد عبد اللطيف: (٣٠٠)، «الحراسة القضائية» محمد البكري: (١٠٧)، «الموسوعة القضائية الجديدة في القضاء المستعجل» مصطفى هرجة: (٦٠٢) .

(٣) وهو إنما يُعد لدى شراح القانون مجرد اتجاه، وليس تشريعاً مدوناً بالنظم، «المسؤولية القانونية للحارس» د. حسين خليل: (١٦٠)، «العقود الصغيرة الحراسة والعمل» أنور طلبية: (١٤)، «الحراسة القضائية» محمد البكري: (١٠٩) .

إليه^(١).

قرر الإمام برهان الدين ابن مازة^(٢) رحمه الله في "الفصل الثاني والعشرون: فيما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي عدل وما لا يضعه" بقوله: "وإذا ادعى العبد أو الأمة العتق على مولاه، وليس لهما بينة حاضرة، فإنه لا يحال بينهما وبين المولى، لما ذكرنا أن في الحيلولة إزالة اليد، واليد حق مقصود كالملك، فكما لا يجوز إزالة ملك الإنسان بمجرد الدعوى، فكذا لا يجوز إزالة يدة بمجرد الدعوى"^(٣)، وقال الإمام الجصاص^(٤) رحمه الله في "باب ما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي عدل إذا خوصم إليه فيه" ما نصه: "فصل: ولو كان المدعى غلاماً أو ثوباً أو عقاراً أو غير ذلك، مما يُنقل أو يُحوّل أو غيره، وأقام المدعى البينة على دعواه، وسأله أن يضعه على يدي عدل، فإن القاضي لا يفعل ذلك، إلا أن يكون الذي هو في يديه فاسقاً مخوفاً على إتلاف ما في يديه، فإن القاضي يضعه على

(١) قال فضيلة القاضي الأسبق بمحكمة التمييز الشيخ عبدالله آل خنين وعضو هيئة كبار العلماء وعضو اللجنة الدائمة للبحوث والفتوى بالملكة العربية السعودية: "... لكن بعد صدور هذا النظام - أي نظام المرافعات الشرعية السعودي - جعل هذه التدابير - أي الأمور المستعجلة - في حكم الأحكام القضائية، ونظم صفة صدورها وطريق التظلم منها بطلب التمييز؛ مما يتعين معه تسبب الأحكام الصادرة بشأنها، "تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية": (٥٩-٦٠).

(٢) هو أبو المعالي محمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن الصدر الكبير برهان الدين عبدالعزيز بن عمر بن مازة، آل برهان، البخاري، الحنفي، ولد بمرغيناف سنة (٥٥١هـ)، كان من كبار الأئمة، وأعيان فقهاء الأمة، إماماً ورعاً، مجتهداً متواضعاً، عالماً كاملاً، له مصنفات عديدة، وتوفي سنة (٦١٦هـ)، انظر: «الفوائد البهية»: (٢٠٥)، «هدية العارفين»: (٤٠٤/٢)، «تاج التراجم» لابن قطلوبغا: (٧٠) برقم: (٢١٢).

(٣) «المحيط البرهاني»: (٣٠٨/١٢).

(٤) هو الإمام، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، والجصاص لقبه، ولد ببغداد سنة (٣٠٥هـ)، وهو عالم، زاهد، ورع، فقيه، مفسر، حنفي، انتهت إليه رئاسة المذهب في عصره، له كتاب "أحكام القرآن" و"شرح مختصر الكرخي" وغيرها، ومات ببغداد سنة (٣٧٠هـ)، انظر: «تذكرة الحفاظ»: (٩٥٩/٣)، «الفوائد البهية»: (٢٧-٢٨)، «الطبقات السنية»: (٤٤٧/١).

يدى عدل" ^(١)، فقولهما: "وليس لهما بيّنة حاضرة"، وأيضاً: "بمجرد الدعوى"، وكذا: "فإن القاضي لا يفعل ذلك"، تدل على مدى سلطة القاضي المختص في تقدير جدية النزاع، وتسبب اعتباره من عدمه .

وفي اعتبار جدية النزاع المبرر في دعوى الحراسة قال الإمام ابن أبي زمنين ^(٢) رحمه الله: "لا يُعتقل على أحد شيء مما بيده بمجرد دعوى الغير فيه، حتى ينضمّ إلى ذلك سبب يُقوّي الدّعوى" ^(٣)، وقريباً منه قال الإمام ابن فرحون ^(٤) رحمه الله: "واعلم أن الاعتقال والتوقيف لا يكون بمجرد دعوى الخصم في الشيء المدّعى فيه، ولا يُعقل على أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه، حتى ينضمّ إلى ذلك سبب يُقوّي الدعوى" ^(٥)، وفي تأصيل إيقاع الحراسة بموجب توجه النزاع لحله، سواء لجميعة أو لحصة منه، ما قرره العلامة محمد العزيز جعيط ^(٦) رحمه الله بقوله: "ثم إن كان المتنازع فيه جميع الأصل، وقف الكراء كله، وإن كان في حصة منه فقط،

(١) «كتاب أدب القاضي للخصّاف» شرح الجصاص: (٣٧٩) .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن حمد بن إبراهيم بن أبي زَمَنِين المريّ، الإلبيري، القرطبي، يُنسب إلى بني مرة القبيلة العربية، ولد بالبيرة من المحرم سنة (٣٢٤هـ)، وكان زاهداً، متواضعاً، متفرغاً للعبادة، فيه عفة لسان، وسمو أخلاق، تفقه بقرطبة، كان من مفاخر غرناطة، وكبار محدّثين والفقهاء، توفي سنة (٣٩٩هـ) وعمره خمس وسبعون سنة، انظر: «ترتيب المدارك»: (٦٧٢/٤)، «الديباج المذهب»: (٢٦٩)، «شجرة النور الزكية»: (١٠١/١) .

(٣) «تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام»: (٢١٠) .

(٤) هو أبو إسحاق إبراهيم بن الشيخ أبي الحسن علي بن فرحون اليعمري، ولد سنة (٧٢٩هـ)، تونسي الأصل، قاضي المدينة، أحد كبار أئمة المالكية، صاحب التصانيف، له ما يقارب عشرة مصنفات، منها "تبصرة الحكام" و"مناهج الأحكام" و"الديباج المذهب" وغيرها، توفي سنة (٧٩٩هـ)، انظر: «شجرة النور الزكية»: (٢٢٢/١)، «شذرات الذهب»: (٣٥٧/٦)، «الدرر الكامنة»: (٤٨/١) .

(٥) «تبصرة الحكام»: (١٥٢/١) .

(٦) هو العلامة محمد العزيز جعيط، كان معدوداً من علماء عصره، فقيهاً، مالكياً، قاضياً، تصدّى للتدريس أولاً، ثم دخل في سلك القضاء حتى تدرج في مراتبها وبلغ الوزارة الكبرى، فصار وزير العدالة الشرفي، ولقب بشيخ الاسلام المالكي بالديار التونسية، له مصنفات عدة منها "الطريقة المرضية" وغيرها، توفي سنة (١٣٨٠هـ) .

وقف ما فيه النزاع وما لا نزاع فيه، على الراجح، ووقف ما فيه النزاع فقط، على ما اختاره غير واحد من المتأخرين، وهو الذي انتحاه القضاة اليوم^(١)، فقولهم: "حتى يَنْضَمَّ إلى ذلك سببٌ يَقْوِي الدعوى"، وكذا: "وقف ما فيه النزاع فقط"، يدل على اعتبار وجود النزاع أصلاً، ثم هو المبرر بأسباب تدل على جديته .

وقال القاضي أبونصر الروياني الشافعي^(٢) رحمه الله: "حكى جدي عن بعض أصحابنا: أنه إن ادعى نكاح امرأه لها زوج، لم توقف حتى تقوم بينة ...، وأما إذا أقيمت البينة، وعدلت، فإنه يوقف المشهود فيه، ويمنع المشهود عليه من التصرف"^(٣)، فقله: "لم توقف حتى تقوم بينة" وكذا قوله: "عدلت" فيه نظر بالبيّنات وتحقق من عدم صوريّة النزاع للحكم بالحراسة، وساق الإمام النووي^(٤) رحمه الله مسائل عدة للحراسة - والحيلولة - القضائية، ثم بيّن صورة لاعتبار جديّة النزاع من خلال النظر بالمستندات بقوله: "... هذا كله إذا أقام المدعي شاهدين، فلو أقام شاهداً وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر، هل يجاب؟، قولان، أظهرهما عند الجمهور: لا؛ لأن الشاهد وحده ليس بحجة، وفي الشاهدين تمت"^(٥).

(١) «الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية»: (٧٧) .

(٢) هو الإمام، الفقيه، أبونصر، شريح بن عبد الكريم بن أحمد، الروياني، نسبة إلى رويان أكبر مدن طبرستان، الشافعي، نشأ بين أسرة علمية، ولي القضاء بطبرستان، كان له مصنفات عدة منها "روضة الحكام" و"الحقائق في الشروط والوثائق"، توفي في سنة (٥٠٥هـ)، «طبقات الشافعية» الأسنوي: (١/٢٨٠)، مقدمة تحقيق «روضة الحكام» د. محمد السهلي: (٢٧) وما بعدها .

(٣) «روضة الحكام وزينة الأحكام»: (٣٥٩) .

(٤) هو شيخ الإسلام، محيي الدين، أبو زكريا، يحيى بن شرف بن مري، الحوراني، الأنصاري، الدمشقي، المعروف بالنووي، ولد في سنة (٦٣١هـ) تتلمذ بالمدرسة الرواحية، كان رأساً في الفقه واللغة والزهد والورع، ولي دار الحديث الأشرفية، صنف الكثير كـ"المجموع" و"المنهاج" و"الروضة" وغيرها، توفي في سنة (٦٧٦هـ)، «طبقات الشافعية» للسبكي: (٨/٣٩٥)، «تذكرة الحفاظ»: (٤/١٤٧٠)، «البداية والنهاية»:

(١٣/٢٧٨) .

(٥) «روضة الطالبين»: (١١/٢٥٧) .

وبين الإمام ابن مفلح^(١) رحمه الله في "باب الدعاوى" أن النزاع وحده ليس بكافٍ - للحراسة والإيقاف - ما لم يثبت ما يؤيد جديته وذلك بقوله: "وإن سأل المدعى عليه محضراً بما جرى أجابه، ويذكر فيه أن الحاكم بقى العين بيده؛ لأنه لم يثبت ما يرفعها - أي اليد - ويزيلها"^(٢)، وقرر الإمام البهوتي^(٣) رحمه الله في صياغة أكثر وضوحاً بقوله: "(فإن اختلفا) فيمن يضعانه - أي محل النزاع - عنده (وضعه الحاكم عند عدل) قطعاً للنزاع... (وهكذا لو كان) الرهن (في يد المرتهن فتغيرت حاله) أي المرتهن (في الثقة) أي العدالة (والحفظ فللراهن رفعه) أي الرهن (عن يده إلى الحاكم ليضعه) أي الرهن (في يد عدل) لدعاء الحاجة إلى ذلك، وإن اختلفا في تغير حال المرتهن، بحث الحاكم وعمل بما ظهر له"^(٤)، فقوله: "لدعاء الحاجة إلى ذلك" وكذا: "عمل بما ظهر له"، فدل على تقرير السلطة التقديرية للقاضي المختص في التحقق من وجود النزاع المبررة للحكم بالحراسة من عدمه.

أما في النظام القضائي السعودي وبموجب المادة الأولى من نظام المرافعات

(١) هو الإمام، الفقيه، النحوي، الأصولي، شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، المقدسي، الدمشقي، الحنبلي، المعروف بـ"ابن مفلح"، ولد في سنة (٧٠٦هـ)، كان عابداً صينياً ورعاً، غاية في المذهب وبمسائل شيخ الإسلام ابن تيمية، ومتقناً في علوم شتى، تولى التدريس، وولي النيابة في القضاء، وله مصنفات منها "الأدب الشرعية" و"الفروع" وغيرها، توفي في سنة (٧٦٣هـ)، «المقصد الارشد»: (٥١٧/٢)، «السحب الوابلة»: (١٠٨٩/٣)، «شذرات الذهب»: (٣٤٠م٨).

(٢) «الفروع»: (٥١٧/٦).

(٣) هو الشيخ العلامة منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن إدريس البهوتي، منسوب إلى بهوت بمصر، ولد سنة (١٠٠٠هـ)، شيخ الحنابلة في عصره، من مؤلفاته "كشاف القناع" و"شرح منتهى الإرادات" و"الروض المربع"، توفي في سنة (١٠٥١هـ)، انظر: «الأعلام»: (٣٠٧/٧)، «معجم المؤلفين»: (١٢/١٣)، «هدية العارفين»: (٤٧٦/٢)، «خلاصة الأثر»: (٤٢٦/٤).

(٤) «كشاف القناع»: (٣٤٥/٣).

الشرعية، فقد سار على نهجه في حاكمية الكتاب والسنة^(١)، وتبعه للراجع من المذاهب الفقهية المعتمدة^(٢)، ومنهجها الشرعي في اقتضاء وجود النزاع الجدي والمبرر لقيام الحراسة القضائية .

وجاء في المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية ما يبين شيء من ماهية النزاع المعتبر لقيام الحراسة - ولغيرها - ما نصه: "لا يُقبلُ أيُّ طلبٍ أو دفعٍ لا تكون لصاحبه فيه مصلحةٌ قائمةٌ مشروعَةً، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر مُحْدِقٍ أو الاستيثاق لحَقٍّ يخشى زوال دليله عند النزاع، وإذا ظهر للقاضي أنَّ الدعوى صوريةٌ كان عليه رفضها، وله الحكم على المدعي بنكال"^(٣).

وقد صرح المُنظم القضائي السعودي بركنيّة وجود النزاع في المواد المُنظمة

(١) نص المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية: "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة"، وجاء أيضاً في المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم ما نصه: "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ"، ونصت المادة السابعة منه: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة"، ثم جاء في المادة الثامنة والأربعون من نفس النظام: "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من الأنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة"، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (٨٥/١/٢)، (١٠-٤-٣/١/١).

(٢) منهج القضاء السعودي في أخذ الأحكام الشرعية صدر به قرار الهيئة القضائية عدد (٣) في ١٣٤٧/١/١٧هـ، والمقترن بالتصديق العالي بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤هـ ونص على مايلي: "فقرة (أ): أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتي به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل نظراً لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله، فقرة (ب): إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتي به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة، ويقرر السير على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر"، انظر: «القضاء ونظامه» د. عبدالرحمن الحمبضي: (٣٠٩)، «الإختصاص القضائي» د. ناصر الغامدي: (٣٧٩).

(٣) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (٨٦-٨٥/١/٢).

للحراسة في نظام المرافعات الشرعية بالمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين ما نصه: "ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم في شأنه نزاع"^(١)، وقال قبل في المادّة السابعة والثلاثون بعد المائتين: "لكل صاحب حقٍ ظاهر أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة"^(٢).

وفي حيثيات تعريف المنظم للحراسة نص على اعتبار وجود النزاع وحصوله لقيام الحراسة، جاء في الفقرة الأولى من المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين باللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية: "الحراسة هي: وضع الأموال المتنازع عليها تحت يد أمين يعينه القاضي إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن"^(٣)، وكذلك أورد صور النزاع ومجالاته على سبيل المثال لا الحصر، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين باللائحة التنفيذية من نفس النظام: "للقاضي أن يأمر بالحراسة إذا حصل نزاع في ثابت أو منقول أو فيهما، سواء أكان هذا النزاع في الملكية، أم على واضع اليد، أم على الحيازة، أم متعلقاً بإدارة المال واستغلاله، كالنزاع الذي يحصل بين الورثة، أو بعضهم في التركة، أو بين الشركاء حول إدارة المال المشاع وكيفية استغلاله"^(٤).

تاركاً بعد ذلك لرجال القضاء الاجتهاد في الحكم بالحراسة في أي مجال حصل

(١) «الرجع في نظام المرافعات الشرعية» د. معوض عبدالنواب: (٥٤٧)، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٥/٢).

(٢) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٥/٢)، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٤/٢).

(٣) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٥١/٢-١٢٧)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٥/٢).

(٤) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٧/٢)، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٢٧-١٥١/٢).

فيه نزاع - حين تحقق الأركان الأخرى - مثل ما يكون: "الحق فيه غير ثابت" (١)، وكذلك يسوغ: "للقاضي أن يأمر بالحراسة، إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار، قد قَدَّمَ من الأسباب المعقولة، ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة" (٢).

ويدل مفهوم النص الأخير - أيضاً - أن للقاضي المختص السلطة التقديرية في فرض الحراسة حتى مع عدم وجود النزاع، حين تحقق ما يقتضيها قضاءً، ممَّا يدع المجال واسعاً - كما في الفقه الإسلامي (٣) - للحكم بها، حسب ما يوجبه دفع المفساد وجلب المصالح الشرعية .

وقد أخذت المحاكم القضائية السعودية بركنية النزاع المبرر لقيام الحراسة في حيثيات أحكامها وتطبيقاتها، منها الحكم الصادر من ديوان المظالم من الدائرة التجارية التاسعة بالقرار رقم (٢١٩) لعام (١٤١١هـ)، والذي نص على أنه: "يشترط لفرض الحراسة القضائية أن يكون هناك نزاع جدي بين الخصوم، ... وقد استند المدعون في طلبهم فرض الحراسة إلى أن المدعى عليها استأثر بأرباح شركة المحاصة دونهم، ولم يطلعهم على حساباتها ...، أنهم كشركاء محاصين ليس لهم أن يتدخلوا في الإدارة، وإنما لهم محاسبة مديرها ...، وانتهت الدائرة إلى رفض دعواهم"، وقد أُيد هذا الحكم كسابقة قضائية من هيئة التدقيق التجارية بالقرار

(١) جزء من نص المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٥/١/٢)، «المرجع في نظام المرافعات الشرعية» د. معوض عبدالوهاب: (٥٤٧).

(٢) وهو أيضاً جزء من نفس المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين من نفس النظام، «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٥/١/٢)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٨/٢).

(٣) مثاله ما قرره الإمام النووي رحمه الله المتوفى سنة (٦٧٦هـ) بقوله: "وهل تتوقف الحيلولة على طلب العبد؟، وجهان، الأصح: لا، إذا رأى الحاكم الحيلولة فعلها، وفي الأمة تحتتم الحيلولة احتياطاً للبضع، ... والوجهان في اشتراط طلب العبد للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدعاة"، «روضة الطالبين»: (٢٥٧/١١).

رقم (٢٠/ت/٤) لعام (١٤١٤هـ) (١).

المبحث الثاني ركن الاستعجال وأثره في قيام الحراسة

الاستعجال في فصل النزاعات والبت في الخصومات هو من المبادئ البارزة في النظام القضائي الإسلامي^(٢)، بل هو مما عُرف من الدين بالضرورة، فلم يُجز الشارع الحكيم التأخير في الحكم إذا وضع الحق بلا مسوغ شرعي^(٣)، وقد زخرت المدونات الفقهية ومصنفات الأقضية بما فيها من استعمال الفورية والمبادرة والاستعجال والسرعة في طلب إنزال الحكم، على وجه العموم، وفي مسائل معينة^(٤)، كالحكم بالتوقيف والعقلة والحيلولة وغيرها .

وما كان وجود النزاع وتحقيق جديته - مع أهميته في الحراسة القضائية - إلا

(١) «السوابق والمبادئ القضائية من أحكام هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم من عام ١٤٠٧هـ إلى عام ١٤١٩هـ» قسم الحراسة القضائية: (١٨٩) .

(٢) «المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية وارتباط النظام القضائي في المملكة بها» د. حسين آل الشيخ: (٧٣) .

(٣) قال شيخ المفتين المالكيين بتونس العلامة محمد الطاهر ابن عاشور رحمه الله المتوفى سنة (١٣٩٣هـ): "بقي علينا إكمال القول في مقصد التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وهو مقصد من السمو بمكانة، فإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره، يثير مفساداً كثيرة...، فهذا تعليقه من جهة المعنى والنظر، ووراء هذا أدلة من تصرفات الرسول ﷺ وأصحابه، ففي الآثار الصحيحة الكثيرة أن الرسول ﷺ كان يقضي بين الخصوم في مجلس المحاسبة الواحد، ولم يكن يرجئهم إلى وقت آخر"، وهذا إذا وضع الحق فقد قال رحمه الله بعد: "فليس الإسراع بالفصل بين الخصمين وحده محموداً، إذا لم يكن الفصل قاطعاً لعود المنازعة، ومقنعاً في ظهور كونه صواباً وعدلاً": «مقاصد الشريعة الإسلامية»: (٢٢٧) وما بعدها .

(٤) للاستزادة ينظر: «السلطة التقديرية للمقاضي في الفقه الإسلامي» د. محمود بركات: (٣١٢)، وما بعدها، «القضاء المستعجل في نظام المرافعات» د. عمر السناني: (٥٧) وما بعدها، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٢٩) .

مقدمة لما هو أهم وأولى بالاعتناء من قبل الحاكم المختص في الأمور المستعجلة، ألا وهو تحقق ما يقتضي الاستعجال في الحكم بها^(١)، وقد اجتهد الفقهاء رحمهم الله في بيان مسائل العجلة بالحكم، وصورها وتفرعاتها، ولكن لم يحصروا ماهية الاستعجال - بخلاف الشروح القانونية^(٢) - في حدٍ أو رسمٍ أو صورٍ معينة، وإنما ترك تقديره لسلطة القاضي المختص، وفطنته بالقضاء وخطط مرافعاته، في كل حالة بحسبها^(٣)؛ لتلازمه مع تغير الأزمنة والأمكنة المختلفة^(٤).

فتقدير وجوده من عدمه - كما سيظهر بتأمل النصوص الفقهيّة - هي مسألة موضوعيّة، وحالة واقعيّة، مختصة بالنظر القضائي البحث، لا من إرادة الخصوم أو قناعاتهم، فهو ذو ضوابط تقريبيه، يُستنتج من ظاهر المستندات والبيّنات، أو قد ينشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانتها، أو من وقائع الدعوى المحيطة به، أو ما يُخشى منه خطرٌ عاجل^(٥)، أو فوات الوقت، أو ذهاب المصلحة، من بقاء المال

(١) حين صدور الحكم بقيام الحراسة القضائيّة يستوجب تضمين حيثياته صراحةً ما يدل على تحقق موجب العجلة فيه، كشرط جوهرى، وإلا كان معيباً، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبد الله آل خنين: (٢/٤٣٧-٤٥٨)، «القضاء المستعجل» محمد عبد اللطيف: (٦٥).

(٢) وضع القانونيون عدة تعاريف للمقصود بالاستعجال عموماً، وفي الحراسة على وجه التحديد، تعوزها الدقة، وعلى اختلاف بينهم كبير - حيث لم يرد تعريف له في النظم القانونية - ومنها تعريف يورده أغلب الشراح أن الاستعجال: "هو الخطر الحقيقي المهدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"، «قضاء الأمور المستعجلة» محمد على راتب وزميله: (١/٥٠)، «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبد الحكيم فراج: (٢٢٩)، «الحراسة القضائية» أحمد هاني مختار: (١٣)، «المسؤولية القانونية للحارس» د. حسين خليل: (١٧٢)، «دعوى الحراسة» إبراهيم المنجي: (٧١).

(٣) «السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي» د. محمود بركات: (٣١٢)، ومابعدا.

(٤) «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبد اللطيف هداية الله: (٨٨).

(٥) انقسم شراح القانون هنا إلى فريقين، الأول: في كون الاستعجال والخطر مترادفين كشيء واحد، ويُصاغ على أنه خطر عاجل، الثاني: أنهما ركنان مستقلان للحراسة القضائية، بحيث يكون الاستعجال شرط اختصاص، والخطر شرط موضوعي، وهو اختلاف لفظي في غالب مآلاته، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبد اللطيف هداية الله، (٩١-٩٨)، «النظرية العامة للحراسة» د. رضا محمد عبد السلام: (٤٤)، «المسؤولية القانونية للحارس» د. حسين خليل: (١٧٤)، «الحراسة القضائية» محمد البكري: (١٧٧).

تحت يد حائزته، وضياع الحق فيه، وزوال معالمة، ما يتعذر معه تعويضه أو إصلاحه، مما لا يفي لتفاديه اتباع الاجراءات العادية للتقاضي^(١).

وعليه فمناط تحديد اختصاص الدعوى العارضة - أمام القضاء المستعجل - هو تحقق وجود موجب الاستعجال حالاً، ومُسبباً بالفعل^(٢)، أيًا كانت مجالاته، مما لا يمكن حصرها أو تحديدها بذواتها؛ لتطور الأحوال الاجتماعية والاقتصادية، كما في الملكية أو الحيازة أو الإدارة أو التركة وغيرها، وكذلك أيًا كان كامناً، في وقت رفع الدعوى، أو حال تداولها، أو وقت الفصل فيها، أو حين تمييز حكمها النهائي، فمجرد تأخر رفعها - بذاته - لا يُلغي الدعوى، مادام موجب الاستعجال مازال ماثلاً، ومتى زالت العجلة في أي مرحلة زال حكمها^(٣).

والدعوى العارضة - ونقصد هنا الحراسة القضائية - سواء رفعت بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع؛ لسبق قيام ما يتعلق بها بدعوى أصلية، أو رفعت استقلالاً أمام المحكمة المختصة بنظر الأمور المستعجلة، فيجب أن يتحقق فيها موجب الاستعجال لقبولها - أيًا كان حالها - ومن ثم الحكم بها^(٤).

(١) «القضاء المستعجل» د. عمر السناني: (١٥٢)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٣٥/٢)، «القضاء المستعجل» محمد عبداللطيف: (٣٠٩)، «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبدالحكيم فراج: (٢٢٩)، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (٩٥)، «العقود الصغيرة الحراسة والعمل» أنور طلبة: (١٧)، «المشكلات العملية في القضاء المستعجل» د. عبدالفتاح مراد: (١٠٣).

(٢) «تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية»: (٥٩-٦٠)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي»: (٤٥٨/٢)، مؤلفها عبدالله آل خنين.

(٣) «القضاء المستعجل» د. عمر السناني: (١٥٢)، «قضاء الأمور المستعجلة» محمد علي راتب وزميليه: (١٠٢٠-٥٦)، «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبدالحكيم فراج: (٢٣٣)، «الحراسة القضائية» د. عبدالحميد الشواربي: (٥٢)، «الحراسة القضائية» أحمد هاني مختار: (١٧)، «المسؤولية القانونية للحارس» د. حسين خليل: (١٧٣) «دعوى الحراسة» إبراهيم المنجي: (٧١).

(٤) «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبدالحكيم فراج: (٢٣٤)، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٢٩/٢-٤٣٦).

وتأسيساً عليه فلا يكفي تضمن حال الدعوى الوقتية والخطورة فقط، للحكم بالحيلولة التحفظية، دون مسوغ شرعي - ومبرر نظامي - للعجلة، فقد يفي في الدفع اجراءات التقاضي العادي، أو قد يقتضي مع وقتيته بحثاً متعمقاً موضوعياً غير بادٍ من ظاهر المستندات؛ لبيان العجلة والخطورة فيه^(١)، وعندها للنظر القضائي الحكم بعدم الاختصاص، أو برفض الدعوى، ثم يخضع حكمه النهائي فيها - بخلاف النظم القانونية^(٢) - للتمييز والاستئناف، للنظر في صحة مبناه، ما يتفق مع الفقه الاسلامي^(٣)، ويقرره النظام القضائي السعودي^(٤).

قال الإمام شمس الدين السرخسي^(٥) رحمه الله: "وإن أقام شاهدين حيل بينه وبين مولاه حتى ينظر في أمر الشاهدين، وهذا إذا كان مولاه فاسقاً أو مخوفاً عليه... والمعنى فيه أن الحجة هنا تمت من حيث الظاهر، حتى لو قضى القاضي

(١) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (١٥٧/١)، «قضاء الأمور المستعجلة» محمد علي راتب وزميله: (٦٠)، «العقود الصغيرة الحراسة والعمل» أنور طلبه: (١٧)، «المشكلات العملية في القضاء المستعجل» د. عبد الفتاح مراد: (٩٧).

(٢) الأنظمة والشروط القانونية - بخلاف النظام القضائي السعودي - تُقرر عدم خضوع الحكم النهائي للحراسة القضائية لمحكمة النقض والاستئناف سواء في تحقق وجود الاستعجال أو عدمه، «القضاء المستعجل» د. محمد عبداللطيف: (٣٠٧)، «الموسوعة القضائية الجديدة في القضاء المستعجل» مصطفى هرجه: (٦٠٣)، «قضاء الأمور المستعجلة» محمد علي راتب وزميله: (٥٨-١٠٢٠)، «دعوى الحراسة» إبراهيم المنجي: (٧١).

(٣) قال الإمام ابن فرحون رحمه الله المتوفى سنة (٧٩٩هـ): "فصل: في نقض القاضي أحكام نفسه، وله ذلك إن ظهر له الخطأ...، فصل: في نقض القاضي أحكام غيره، يختلف، فاما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه بوجه... إلا أن يظهر خطأ...، وأما القاضي العدل الجاهل فإن أقضيته تُكشف، فما كان منها صواباً أمضي، وما كان منها خطأ بئناً لم يختلف في رده"، «تبصرة الحكام»: (٦٣/١) ومابعدا.

(٤) يُنظر: صفحة رقم: (٤) من هذه الدراسة، حاشية: (٣).

(٥) هو الإمام، شمس الأئمة، أبو بكر، محمد بن أحمد بن سهل، السرخسي، القاضي، أحد كبار الأحناف، كان فقيهاً، أصولياً، متكلماً، مجتهداً، مناظراً، حجة، علامة، له مصنفات كبار كـ "المبسوط" وشرح "السير الكبير" وأصول السرخسي وغيرها، توفي سنة (٤٩٠هـ)، وقيل: سنة (٤٨٣هـ)، «الجواهر المضبية»: (٧٨/٣)، «تاج التراجم»: (٥٢).

بشهادتهما قبل أن تظهر عدالتهما نفذ قضاؤه، فتثبت به الحيلولة احتياطاً^(١).
وعلق الإمام ابن نجيم^(٢) رحمه الله حين شرح مسائل في الأقضية والبيّنات من "كتاب الدعاوى" فقال: "ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى ما لو طلب المدعي الحيلولة بين العين والمدعى عليه، وفي الصغرى طلب المدعي بنفس الدعوى من القاضي وضع المنقول على يد عدلٍ ولم يكتفِ بكفيل النفس والمدعي، فإن كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه القاضي، ولو كان فاسقاً يجيبه، وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر؛ لأن الثمر نقلٍ"^(٣)، فقولهما: "وهذا إذا كان مولاه فاسقاً أو مخوفاً عليه"، ثم أيضاً: "فتثبت به الحيلولة احتياطاً"، وكذا: "ولو كان فاسقاً يجيبه"، وقوله: "إلا في الشجر الذي عليه الثمر؛ لأن الثمر نقلٍ"، فتلك العبارات تدل على ما يوجب الاستعجال بالحراسة بالنظر لحال الأطراف بكونه فاسقاً أو مخوفاً عليه^(٤)، أو بالنظر لطبيعة محل النزاع بكونه نقلٍ مما يسرع فساده كالثمر، فتثبت الحراسة وينفذ قضاؤه فيها احتياطاً، حتى وإن لم تظهر

(١) «المبسوط»: (٩٩/٧)، وينظر: «شرح فتح القدير»: (٥١١/٤).

(٢) هو الفقيه زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مصري، حنفي، أصولي، عُرفَ بابن نجيم، أخذ عن القاسم والأمين والبرهان وغيرهم، صاحب تصنيف، كـ "البحر الرائق" و"الاشباه والنظائر" و"الفوائد الزينية" و"شرح منار الأنوار" وغيرها، توفي سنة (٩٧٠هـ)، «شذرات الذهب»: (٩٥٨/٨)، «معجم المؤلفين»: (١٩٢/٤).

(٣) «البحر الرائق»: (٢١١/٧)، وأورد رحمه الله أيضاً في موضع آخر: "قال في المجتبى وإذا وجب الاعتداد في منزل الزوج فلا بأس بأن يسكننا في بيت واحد إذا كان عدلاً... إلا أن يكون الزوج فاسقاً، فيحال بإمرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما، وإن تعذر فلتخرج هي، وتعتمد في منزل آخر"، «البحر الرائق»: (١٦٨/٤)، فيظهر أهمية العجلة للقضاء والحكم بالحراسة عند بؤار الخطورة على الحق، ولا يترك إلى حين الاعتداء عليه.

(٤) قال الإمام الصدر الشهيد ابن مازة رحمه الله المتوفى سنة (٥٣٦هـ): "... وهذا إذا لم يكن المدعي عليه متلاعفاً مخوفاً على ما في يديه، وخاف أن يتلفه، ويستهلكه فأما إذا كان كذلك، فإن رأى القاضي أن يضع ذلك على يدي رجل ثقة مأمون فعل ذلك وهو حسن؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة لا يؤمن أن يتلفه تعنتاً، فإن القاضي يخرج من يديه على سبيل المنع من التعنت"، «شرح أدب القاضي للخصاف»: (٢٠٦/٣)، فالخوف على محل النزاع من التلف والاستهلاك والتعنت، هي من الأسباب الموجبة للاستعجال ومن ثم الحكم بالحراسة القضائية، وهي أيضاً مسببة لتحقيق وجود الخطر الحاد والعاجل على الحق.

عدالة البينات بعد؛ لوجود موجبها من الخطر العاجل .

وقد اتفقت صياغة فقهاء المالكية رحمهم الله في مدوناتهم الفقهية ما يدل على اعتبار وجود الخطر العاجل، وتحقيق موجب الاستعجال للحكم بالحراسة، منها ما قرره الإمام ابن المناصف^(١) رحمه الله - كغيره^(٢) - بقوله: "فالتوقيف بأن يمنع الذي في يديه من أن يتصرف فيه تصرفاً يفوته كالبيع والهبة، أو يُخرجه به عن حاله، كالبناء والهدم ونحو ذلك"^(٣)، وبعبارة أخرى قال العلامة محمد الكافي^(٤) رحمه الله: "وإنما أوجبت توقيف المدعى فيه بحيث لا يتصرف فيه المطلوب... فيوقف الأصل بسببه بحيث لا يتصرف المطلوب فيه ببيع ولا هدم ولا بناء... نعم يمنع من التفويت بالبيع ونحوه، ويوقف ما تقدم بقدر ما يستكمل الطالب تعديل بينته وتركيتها"^(٥)، فيظهر أن الاستعجال موجب هنا

(١) هو أبو عبد الله محمد بن عيسى الأزدي، الأندلسي، ابن قاضي الجماعة بقرطبة، المعروف بابن المناصف، ولد بالمهديّة سنة (٥٦٣هـ)، من بيت عريق بالعلم، كان من أئمة الموثقين من المالكية، قاضي بلنسية ومرسية، توفي بمراكش سنة (٦٢٠هـ)، انظر: «نيل الابتهاج»: (٢٢٩)، «شجرة النور»: (١٧٧)، «كشف الظنون»: (٧٤٠/١).

(٢) «مُنْتَخَبُ الْأَحْكَام» ابن أبي زمنين: (٩٤)، «تبصرة الحُكَّام» ابن فرحون: (١٥٣/١)، «الإنتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام» محمد ميارة الفاسي: (١٢٥/١)، «البهجة في شرح التحفة» علي التسولي: (١٩٨/١)، «الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية» محمد العزيز جعيط: (٧٥-٧٧)، «فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتد» محمد السجلماسي: (٤١٩).

(٣) «تَنْبِيْهُ الْحُكَّامِ عَلَى مَأْخِذِ الْأَحْكَامِ»: (٢١٠).

(٤) هو العلامة محمد بن يوسف بن بن محمد بن سعد الحيدري، التونسي، الأزهري، الأشعري، المعروف بالكافي، يرفع نسبه إلى الحسن السبط، ولد في مدينة الكاف بتونس سنة (١٢٧٨هـ)، كان عالماً، فقيهاً، مالِكياً، متكلماً، له رسائل في الفقه والأدعية والعقائد، تزيد على الثلاثين كـ "البيانات الكافية" و "الحسن والجنة" وغيرها، رحل إلى المشرق واستقر في دمشق إلى أن توفي فيها سنة (١٣٧٩هـ)، انظر: «الخزانة التيمورية»: (٣٧/٤)، «الأعلام»: (١٥٩/٧)، «معجم المؤلفين»: (١٢/١٣٦-١٤٠).

(٥) «إِحْكَامُ الْأَحْكَامِ عَلَى تَحْفَةِ الْحُكَّامِ»: (٣٩-٤٠)، وقال العلامة محمد ميارة الفاسي رحمه الله المتوفى سنة (١٠٧٢هـ) في فصل التوقيف: "... الحاكم مقدراً بما يحصل به قدر المستحق من التعديل، مراعي فيه الضيق والفسحة، ما يقتضيه الحال من بُعد البينة المطلوب منها التعديل وقربها، وخطر المستحق وحقارته"، «الإنتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام»: (١٢٧/١).

تحقق وجود الخطر العاجل، فجُعِلَت الحراسة القضائية إما من أجل عدم: "التفويت في العقار، وإما بوضعه، أو وضع ثمنه، أو وضع قيمته تحت يد أمين، ... وكيفية وقفه أن يؤمر المطلوب بعدم تفويته ببيع ونحوه، ومن تغيير حاله" (١).

وحين نقل الإمام ابن القاص الشافعي (٢) رحمه الله أحكام الحراسة بين شيئاً من أسباب موجبها، وهو الخطر الحال المريب، القاضي للعجلة فأورد أنه: "... لا يُعَدَّلُ في شيء من ذلك، ولكن يُؤخذ من المدعى عليه كفيلاً بنفسه، وبنفس الدابة والسلعة، فإن أبى أن يُعطي كفيلاً بنفس ما خوصم فيه، أو كان المدعى عليه الذي في يده الشيء مريباً يخاف عليه ... فيُعدَّل حينئذٍ" (٣).

وقال الإمام الرافعي (٤) رحمه الله: "ولو اتفق المتراهنان على نقل الرهن إلى يد عدل آخر جاز، فإن طلبه أحدهما فلا يجاب، إلا أن يتغير حاله بفسق أو بضعف عن الحفظ أو يحدث بينه وبين أحدهما عداوة، فيطلب نقله فحينئذٍ ينقل إلى يد

(١) هو جزء من كلام العلامة عثمان بن المكي التوزري الزبيدي رحمه الله في كتابه «توضيح الأحكام على تحفة الحكام»: (١٠٧/١-١٠٩)، وجاء في مسائل «المدونة» للإمام مالك المتوفى سنة (١٧٩هـ): "في الرجل يدعي داراً في يد رجل ويقيم بيته غير قاطعة فيريد المدعى عليه أن يبيع أو يهب ... ليس له أن يبيع؛ لأن البيع غرر وخطر": (١٩٦/١٢)، وزاد في «تبصرة الحكام» بتعليل جواب هذه المسألة فقال: "يريد أنه يبيعه من ظالم لا يقدر على مخاصمته": (١٥٤/١).

(٢) هو الفقيه، أبو العباس، أحمد بن أبي أحمد، المعروف بابن القاص، الطبري، نسبة إلى طبرستان، الشافعي، كان إمام عصره، وصاحب التصانيف، كالتلخيص وأدب القاضي وغيرها، توفي في سنة (٣٣٥هـ) بطرسوس، انظر: «سير أعلام النبلاء»: (٣٧١/١٥)، «شذرات الذهب»: (٣٣٩/٢)، «طبقات الشافعية الكبرى»: (٥٩/٣).

(٣) «أدب القاضي» ابن القاص: (٤١٥-٤١٦)، وقال الإمام ابن أبي الدم رحمه الله المتوفى سنة (٦٤٢هـ): "ولو ادعت زوجة طلاقاً على زوجها، وشهد لها شاهدان مجهولان، حيل بينهما إلى التزكية؛ لشرف البضع وخطره"، «كتاب أدب القضاء»: (٢٢١).

(٤) هو الإمام، أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، القزويني، الشافعي، ولد في سنة (٥٥٥هـ)، كان فقيهاً، محققاً، أصولياً، محدثاً، مفسراً، وقيل: لم ير في بلاد العجم مثله، من تصانيفه «الحرر» و«شرح مسند الشافعي» وغيرها، توفي سنة (٦٦٣هـ)، «طبقات المفسرين» الداودي: (٢٢٥/١)، «العبر»: (٩٤/٥).

آخر يتفقان عليه، فإن تشاحا وضعه الحاكم عند من يراه^(١)، فعندما يكون: "المدعى عليه الذي في يده الشيء مُريباً يخاف عليه"، وحين يتغير حال الحارس: "بفسق أو بضعف عن الحفظ أو يحدث بينه وبين أحدهما عداوة"، فيستوجب الاستعجال للحكم بالحراسة، أو حتى العجلة بتعديل حكمها بغير الحارس فيها؛ لتحقيق وجود موجبها من الخطر - الحال - العاجل .

وبمثلته قرر الإمام ابن قدامة^(٢) رحمه الله فقال: "وإن تغيرت حال العدل بفسق، أو ضعف عن الحفظ، أو حدثت عداوة بينه وبينهما، أو بين أحدهما، فلمن طلب نقله عن يده ذلك يضعانه في يد من يتفقان عليه، فإن اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل، وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما ظهر له"^(٣)، وقال الإمام البهوتي رحمه الله (ت: ١٠٥١هـ) في "باب طريق الحكم وصفته" من كتاب القضاء: "(وإن سأل المدعي حبس المشهود عليه حتى تزكى شهوده أجابه) الحاكم (وحبسه ثلاثاً) لأن الظاهر العدالة، ويحبس حتى يفعل ذلك ... (أو) سأل

(١) «الشرح الكبير»: (١٠/١٢١)، ومما قرره الإمام الرملي رحمه الله المعروف بالشافعي الصغير المتوفى سنة (١٠٠٤هـ) قال: "ولو دبر كافر كافراً، فأسلم العبد، ولم يرجع السيد في التدبير، بأن لم يزل ملكه عنه، نزع من سيده، ويترك في يد عدل، ويستكسب، دفعاً للذل"، «نهاية المحتاج»: (٨/٤٠٠)، فنزعه من سيده وإقامة حارس قضائي عليه، فيه حماية للمسلم حديثاً من خطورة الضرر الأدبي والمعنوي، وسلب كرامته وإنسانيته، وهو أولى ما يقتضي الاستعجال بحماية الجاليات والأقليات المسلمة من الفتنة بدينها، وهو مما لم يصل إليه الفقه القانوني، «الحراسة القضائية» د. مراد محمود: (٧٥) .

(٢) هو الإمام، موفق الدين، أبو محمد، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مقدسي الأصل، ثم الدمشقي، الصالح، ولد سنة (٥٤١هـ)، كان إمام الحنابلة، وإماماً في التفسير والحديث والنحو وغيرها، درس وناظر وصنف، من بحور العلم وأذكاء العالم، صاحب نور ووقار، من مؤلفاته "المغني" و"الروضة" و"العمد" وغيرها، توفي سنة (٦٢٠هـ)، «سير أعلام النبلاء»: (٢٢/١٦٨)، «الذيل على طبقات الحنابلة»: (٢/١٣٣)، «شذرات الذهب»: (٥/٨٨) .

(٣) «المغني»: (٤/٢٣٠)، وقال أيضاً الإمام ابن قدامة رحمه الله: "وإذا سأل المدعي قبل التزكية حبس خصمه، أو كفيلاً به في غير الحد، أو تعديل العين المدعاة؛ لئلا تُغيب، حتى تزكى الشهود، أو سأل من أقام بالمال شاهداً حتى يقيم آخر، أجيب"، «المحرر في الفقه»: (٢/٢٠٧)، فمن مقتضى الاستعجال للحكم بالحراسة هنا خطورة التغيب للأموال وتفويتها على أصحابها تعنتاً واستهلاكاً .

(عين مدعاه في يد عدل قبل التزكية) فيجاء إلى ثلاثة أيام ... (وإن أقامت المرأه شاهدين يشهدان بطلاقها البائن ولم يعرف) الحاكم (عدالة الشهود حيل بينه وبينها) احتياطاً^(١)، فسبب الاستعجال هو: "تغيرت حال العدل"، وحين وجد الخطر العاجل: "أجابه الحاكم وحبسه"، ولمقتضى العجلة أيضاً: "حيل بينه وبينها احتياطاً".

وقد عقد النظام القضائي السعودي في نظام المرافعات الشرعية - في مرجعية شرعية^(٢) - الباب الثالث عشر للقضاء المستعجل، مبيناً فيه خطط مرافعاته، وأنواع دعاواه، وتمييز أحكامه، وغيرها، مُضمناً فيه كذلك دعوى طلب الحراسة^(٣).

وأورد فيه المنظم كذلك شيئاً مما يقرب من تعريف لماهية الاستعجال وموجبه، منها ما ورد بالمادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين أنه: "المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت"^(٤)، وكذا نص في المادة السادسة والثلاثون بعد المائتين بأنه حين: "يُعرض حق المدعي للخطر أو يؤخر أدائه"^(٥)، وفي المادة الثامنة والثلاثون بعد المائتين قرر أنه: "لمن يُضار من أعمال تُقام بغير حق"^(٦)، وبعبارة أوضح نص في المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين أن: "للقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما

(١) «كشاف القناع»: (٣٥٢/٦).

(٢) انظر: حاشية رقم: (٢) وحاشية رقم: (٣)، من الصفحة رقم: (١٠).

(٣) وذلك بدءاً من المادة (٢٣٣) إلى المادة (٢٤٥) من نظام المرافعات الشرعية، انظر: «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٣/١-١٤٦).

(٤) «المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية» د. معوض عبدالنواب: (٥٣٥).

(٥) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٤/١-٢).

(٦) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥١/٢).

يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة" (١)، وجاء بالفقرة السادسة من اللائحة التنفيذية للمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين ما يدل على لازم الاستعجال ألا وهو الخطر الحاد في إدارة حفظ المال وذلك: "إذا أساء الولي أو الناظر التصرف" (٢)، ومثلها ما نص عليه في الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة الأربعين بعد المائتين مما يقتضي الاستعجال لحفظ محل النزاع وذلك: "لوجود خلاف على إدارته" (٣).

ثم أجاز المُنظم بعد ذلك - وفقاً للفقهاء الإسلامي - الاعتبار بأي سبب شرعي ونظامي سائغ، غير ما ذكر آنفاً؛ للحكم بالحراسة القضائية متى ما تحقق فيه موجب الاستعجال؛ لحفظ محل النزاع من خطر يُفوتُه، أو يُغيّر حاله، حتى ولو رُد له طلب سابق ما دام: "بيّن أسباباً أخرى" (٤).

وحين بيّن وحدد المُنظم بعضاً من صور الدعاوى المستعجلة في الفقرات (أ) و(ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) بنص المادة الرابعة والثلاثون بعد المائتين، ترك بعد ذلك - ووفقاً للتأصيل الشرعي - المجال مفتوحاً لاجتهاد رجال القضاء بالنظر في أي دعوى يتحقق فيها موجب العجلة، فقد قرر في الفقرة (ز) أنها كل: "الدعاوى الأخرى التي يعطيها النظام صفة الاستعجال" (٥).

وفي خطط مرافعات الدعاوى المستعجلة - ومنها دعوى طلب الحراسة بالتحديد - وإجراءات التقاضي فيها، أخذ المُنظم بعين الاعتبار الاستعجال في كل

(٧٩) «المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية» د. معوض عبدالتواب: (٥٤٧).

(٨٠) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٧/٢).

(٨١) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايبقي: (١٢٨-١٥١/٢).

(٨٢) هو جزء من نص الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية للمادة الأربعين بعد المائتين، انظر: المرجع السابق جزأً وصفحة.

(٨٣) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٤٠/٢).

خطواتها، ابتداءً من إجازته تقديم طلباتها مشافهةً، أو اختصاراً، إما مضمومةً بصحيفة واحدة مع الدعوى الأصلية، وإما عدم إلزامه إيداع مذكرة دفاع فيها، وأجازته كذلك نقص مواعيدها عن أربع وعشرين ساعة، وجعل التبليغ فيها كافياً ومعتبر بالطرق المعتادة، بل ومباشراً لأطراف الدعوى شخصياً لضمان العجلة لنظر دعواها، وإلزامه تضمين حكمها الأمر بالنفاذ المعجل لضمان الإسراع بصيانة الحق وحفظه، وتقريره للقاضي المختص الحق في البت على وجه السرعة حين حصول إشكال في التنفيذ، بعد اتخاذ الإجراءات التحفظية، ومنها الحراسة .

فنصت الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين أنه: "يجوز رفع الطلب المستعجل مع الدعوى الأصلية بصحيفة واحدة، ... أو يقدم مشافهة" ^(١)، وبيّنت المادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين أنه: "يكون ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربعاً وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد بأمر من المحكمة" ^(٢)، وجاء في الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين: "يكون التبليغ بالطرق المعتادة، إلا في حالة نقص الميعاد عن أربع وعشرين ساعة، ففي هذه الحال يكون التبليغ لشخص المدعى عليه أو وكيله الشرعي" ^(٣)، ومن الاستعجال فيها كذلك ما جاء في الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية للمادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين: "لا يتم إعادة الإعلان مرة أخرى إذا تم صحيحاً بل تنظر المحكمة في الدعوى وتحكم فيها" ^(٤)، ونص في الفقرة الخامسة من اللائحة التنفيذية للمادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين: "لا يلزم المدعى عليه في الدعاوى المستعجلة إيداع مذكرة

(١) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايقي: (١٢٣-١٥١/١/٢) .

(٢) «الرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية» د. معوض عبدالتواب: (٥٤٣) .

(٣) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٤٣/٢) .

(٤) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايقي: (١٢٥-١٥١/١/٢) .

بدفاعه" (١).

وألزمت الفقرة الخامسة من اللائحة التنفيذية للمادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين لصحة الحكم بالحراسة وغيرها أنه: "على القاضي في المسائل المستعجلة تضمين حكمه الأمر بالنفاذ المعجل" (٢)، وقد نص من قبل حين وقوع إشكال في التنفيذ للأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى العاجلة - ومنها الحراسة - وغيرها، وذلك في المادة الأولى بعد المائتين أنه: "إذا حصل إشكال في التنفيذ - فبعد اتخاذ الإجراءات التحفظية إن اقتضاها الحال - يرفع الإشكال إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتبت فيه على وجه السرعة" (٣).

ثم قرر في حيثيات تقنينه لخطط مرافعات الحراسة بنص الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية للمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين أنه: "لأصحاب الشأن أن يطلبوا من المحكمة إقامة حارس، وعلى المحكمة أن تستجيب لطلبهم، وإن لم يكن هناك خطر عاجل" (٤)، فدل مضمون قوله: "وإن لم يكن هناك خطر عاجل" أن الأصل في استجابة القاضي لطلب الحكم بالحراسة أن يكون هناك خطر عاجل ليسوغ الحكم بها وإلا فلا، ففيه تقرير بركنية الاستعجال، وأن موجه الخطر الحال؛ لذا أجاز المنظم مع عدمه الحكم بها، وذلك حين اتفاق الأطراف عليها.

وقد تضمنت الأحكام الصادرة من القضاء السعودي ما يدل على الأخذ بركنية وجود الاستعجال، واعتبار موجهه من الخطر المحدق على محل النزاع، وأثر ذلك لصحة الحكم العاجل بالحراسة القضائية، ومنها:

*** الحكم الصادر من المحكمة العامة بجدة بموجب الصك رقم**

(١) المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية د. معوض عبدالنواب: (٥٤٣).

(٢) الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية، سليمان الشايعي: (١٢٣-١٥١/١/٢).

(٣) المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية د. معوض عبدالنواب: (٥٠٣).

(٤) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبدالله آل خنين: (٤٦١/٢).

(٢٥/٦٦٤/٢١) بتاريخ (١٥/١/١٤٢٧هـ) والذي جاء في حيثياته: "وحيث ثبت لنا أن المدعو يقوم بسحب مبالغ كبيرة خلال الفترة الماضية مستغلاً وجود الدعوى في المحكمة، وحيث أن هذا تهدد مصالح وحقوق موكلي ويعرضها للضياع، فإنني أطلب تعيين حارس قضائي حفظاً لحق موكلي ... وعليه ولما سبق وحسب نظام المرافعات الشرعية مادة (٢٣٣) و(٢٣٩) فقد أقيمت .. المذكور حارساً قضائياً على قرية .. السكنية"، وقد أكتسب الحكم القطعية بموجب قرار التمييز الصادر من الدائرة الثانية للأحوال الشخصية والأوقاف والوصايا والقصار وبيوت المال بمحكمة التمييز بمكة المكرمة .

* الحكم الصادر من الدائرة التجارية الثانية بديوان المظالم بالرياض بموجب القرار رقم (١٧٩/د/تج/٢ لعام ١٤٢٩هـ) بتاريخ (١/٤/١٤٢٩هـ) ونص في حيثياته: "والدائرة وهي تنظر في الشق المستعجل من الدعوى ... خشية خسارة أي منهم لموقعة في المنازعة نتيجة تصرفات الطرف الآخر مما لا يمكن ضمانه أو الحيلولة دون وقوعه، أو تدارك ما ينتج عنه من آثار مستقبلية، وذلك انتظاراً لحكم القضاء النهائي والحاسم في الموضوع ... خاصة وأن الحكم في موضوع الدعوى يحتاج إلى وقت قد يمتد لمدة طويلة تتسبب في الإضرار بمصالح المؤسسة والشركاء فيها، ويخشى من وقوع أضرار لا يمكن تلافيها، بل يخشى معه أن تضيق بعض الأموال والموجودات نتيجة هذه الأوضاع غير الطبيعية، الأمر الذي معه ترى الدائرة وجاهة طلب (.. فلان ..) وتعيينه حارساً قضائياً" .

* الحكم الصادر من الدائرة التجارية من فرع ديوان المظالم بمنطقة المدينة المنورة ذو الرقم (١٧/د/تج/٢١ لعام ١٤٢٧هـ) بتاريخ (١٣/١/١٤٢٧هـ) جاء في حيثيات أسبابه: "ولما كان تعيين الحارس القضائي قد تقرر بناء على قناعة الدائرة بتعيينه في هذه القضية ... وعليه فإن الدائرة وهي تصدر هذا القرار لتؤكد على

النفذ العاجل والفوري له في مواجهة جميع الأطراف".

* الحكم الصادر من المحكمة العامة بمحافضة جدة بموجب الصك رقم (٥٥٣١٢٠١١٢٦٣٠٢١٨) بتاريخ (٢٣/٧/١٤٣١هـ) وجاء في حيثياته: "وحيث أن التركة المتنازع عليها تحتوي على أموال كثيرة يخشى من تفويت مصلحتها على الورثة ... عليه قررت ... تعيين حارس قضائي على تركة المتوفى".

* الحكم الصادر من الدائرة التجارية التاسعة بديوان المظالم بمنطقة مكة المكرمة / جدة ذو الرقم (٢١٨/د/تج/٩/عام١٤٢٦هـ) بتاريخ (٦/٩/١٤٢٦هـ) وورد في حيثياته: "وحيث ظهر للدائرة أن الشركة تمر بحالة خطيرة بسبب وفاة مديرها المخول له كافة الصلاحيات، ... وحيث ثبت للدائرة بإقرار الوكلاء الحاضرون بأن هناك خلافات بين الشركاء، وأن لها أعمالاً وأن إدارتها متعطلة، وأن ذلك قد يرتب أضراراً جسيمة، فإن الدائرة تنتهي إلى قبول طلب أطراف الدعوى بتعيين حارس قضائي على الشركة فوراً".

المبحث الثالث

تعيين الحراسة القضائية

وكونها الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الشيء محل الحراسة القضائية

فقه القضاء وخطط مرافعاته، يُوجب على القاضي الإدراك الكافي في تقدير استخدام أي إجراء استثنائي قضائي، بقدر ما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة،

وعدم التفريط أو حتى التعسف في تقديره^(١)، وإلا كان الحكم به - سلباً أو إيجاباً - محل نقض ونظر .

والحراسة - والعُقْلَة - القضائية بطبيعتها هي إجراء استثنائي^(٢)، فيها من الخطورة ما تستوجب تقييد التصرف بالأموال والحقوق المتنازع عليها، فلا تبررها إذن إلا ضرورة ملحة للمحافظة على محل النزاع^(٣)، عند تحقق نفاد الطرق الشرعية والوسائل القضائية للاستغناء عنها بوسائل وطرق أخرى أقل حدة، فالقاضي المختص حينئذٍ يُصدر حكمه بتعيين حارس أمين عند شديد الحاجة إلى هذا التعيين^(٤).

فنظراً للمقاصد الشرعية المتحققة للحكم بالحراسة القضائية حين تعيينها يوجب الأخذ بها؛ لاعتبار مآلاتها الراجحة في الحفظ والصيانة والإدارة للمحل والحق حين التنازع عليه^(٥)، وهو ما برع الفقهاء رحمهم الله في تدوينه بالمصنفات والأقضية، وتقرره الضوابط والقواعد الكلية، والمصالح المرسلة بحفظ الضرورات الخمس .

وعليه فإن اعتبار وجود هذا الركن - وإن لم تورد صراحة النظم وغالب

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله المتوفى سنة (٧٢٨هـ) في قاعدة عامة: "فإن الصحيح أن كل من فعل ما أمر به بحسب قدرته من غير تفريط ولا عدوان، فلا إعادة عليه"، «مجموع الفتاوى»: (٢١/٤٤٠)، وقال الإمام ابن قدامة رحمه الله المتوفى سنة (٦٢٠هـ) في خصوص الحراسة: "... فكل من أراد حبس خصمه أقام شاهدين مجهولين لا يعرفهما الحاكم، ويبقى في الحبس دائماً، وهذا ضرر كثير، مع أن الأصل براءة الذمة، فأما الثلاثة أيام فهي يسيرة"، «الشرح الكبير»: (١١/٤٥٢)، فبين أن الحراسة تقدر بقدر ما يوصل الحق لأصحابه دون الإضرار بالخصوم .

(٢) «نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي» السلطة القضائية " ظافر القاسمي: (٤٢٦)، «القضاء المستعجل» محمد عبد اللطيف: (٣٠٦) .

(٣) «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبد الحكيم فراج: (٢٤٧) .

(٤) «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبد اللطيف هداية الله: (٩٩) .

(٥) «مقاصد الشريعة الإسلامية» محمد الطاهر ابن عاشور: (٢٣٠) .

الشروح القانونية^(١) - هو نتيجة حتمية ولا بد لوجود النزاع الجدي وتحقق الخطر العاجل، وانعدام الوسائل القضائية الأخرى التي تُغني عنها؛ فيقتضي لزماً ويتعين على قاضي الأمور المستعجلة - قضاءً وديانةً - الحكم بها عندئذٍ .

ومتى حصل الاستغناء عن الحكم العاجل لطلب النفاذ الفوري للحراسة القضائية على محل النزاع؛ لوجود الوسائل والأبواب والطرق الكفيلة والفاعلة بحفظ المركز القانوني للأطراف المتنازعة وحقوقها، فلا يصح - وفقاً للتأصيل الشرعي^(٢) - تكبيل الخصوم في أموالهم وحقوقهم بأكثر مما يجب، بهذا الإجراء الاستثنائي، حتى ولو طالب به أحد أطراف الخصوم .

ففي اعتبار هذا الركن والأخذ به سدٌ لكل دعاوى طلب الحراسة الكيدية، ومن شأنه كذلك حث الأطراف للمسارعة في حسم منازعاتها، وعدم التقاعس عن متابعتها لوجود القيود - الزمنية الطويلة أو المتوسطة الأجل - القضائية على محل النزاع بالحراسة، وكذا تفويت المقاصد الرامية لتعطيل وتقليل الانتفاع بالأموال والحقوق للغير بلا مسوغ^(٣) .

فتقدير تعيينها هو سلطة للحاكم المختص ونظره البحث؛ لذا قرر الفقهاء رحمهم الله للقاضي - في سبق تشريعي - صوراً قضائية إجرائية تُغني عن الحكم بالحراسة القضائية، ترجع لسلطته التقديرية، كالمهل والتلؤمات والإعذار والتعجيز والتعديل

(١) لم أجد في مظانه فيما بحثت أنه أورد هذا الركن من القانونيين غير الدكتور عبداللطيف هداية الله في أطروحته «الحراسة القضائية في التشريع المغربي»: (٩٩)، وتبعه على ذلك مُضمنه في خصائص الحراسة القضائية الدكتور مراد محمود في كتابه «الحراسة القضائية»: (١١٠) .

(٢) قال الإمام محمد الشربيني رحمه الله المتوفى سنة (٩٧٧هـ): "وعلى الإمام مراعاة الترتيب والتدرج اللائق بالحال في القدر والنوع، كما يراعيه في دفع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها كافياً مؤثراً"، «مغني المحتاج»: (١٩٢/٤) .

(٣) «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (١٠٠) .

والتزكية وغيرها^(١)، أو حتى الصلح والكفالة والحجز وغيرها، فإن لم تف في درء الخطر العاجل حين جدية النزاع، قرر احتياطاً - واستثناءً - وليس ابتداءً الحكم على المحل بالحيلولة والتوقيف .

بين الإمام السرخسي رحمه الله (ت : ٤٩٠ هـ) واستحسن في تفصيل دقيق مدى وجهة الحكم بالحراسة حين تعيينها، حسب كل حال قضائية على حده، فنص بشرحه أنه إذا: " (قال) (وإذا شهد شاهد واحد على الطلاق، فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يدي عدل حتى تأتي بشاهد آخر لم يفعل ذلك، ودفعها إلى زوجها حتى تأتي ببقية شهودها)؛ لأن قيام النكاح والحل بينهما معلوم، وبشهادة الواحد لم يثبت سبب الحرمة؛ لأنها شطر العلة، وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم، فيتمسك القاضي بما كان معلوماً له حتى يثبت عنده العارض، فإن كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً وادعت أن بقية شهودها في المصر، وشاهدها هذا عدل حال بينها وبين الزوج، وأجلها ثلاثة أيام حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر، وهذا استحسان، ... وباب الفروج مبني على الاحتياط، وليس في هذه الحيلولة كثير ضرر على الزوج، ولكن مع هذا لا تكون هذه الحيلولة واجبة على القاضي، بل إن فعل فحسن، وإن لم يفعل ودفعها إلى الزوج فلا بأس؛ لأن حجة القضاء به لم تتم"^(٢).

وبمثلله قرر الإمام كمال الدين ابن الهمام^(٣) رحمه الله فقال: "إذا ادعى العبد

(١) انظر في تعريفها «تبصرة الحكماء»: (١/١٤٢)، «الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية»: (٦٣-٧٧) .

(٢) «المبسوط»: (١٥٢/٦) .

(٣) هو الإمام، كمال الدين، محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، السيواسي، الإسكندري، عُرِف بابن الهمام، ولد سنة (٧٩٠ هـ)، من علماء الحنفية، فقيه، أصولي، متكلم، عارف بإصول الديانات، له مصنفات عدة مثل "فتح القدير شرح الهداية" و"التحرير" و"المسيرة" وغيرها، توفي بالقاهرة سنة (٨٦١ هـ)، «الفوائد البهية»: (١٨٠)، «الفتح المبين»: (٣٦/٣) .

العق و أقام شاهداً لا يُحال بينه وبين المولى، وفي الأمة إذا قالت شاهدي الآخر حاضر يُحال، ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفاً على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود؛ لأن الحجة تمت ظاهراً، حتى لو قضى بشهادتهما نفذ، فتثبت به الحيلولة احتياطاً^(١)، فقله: "وباب الفروج مبني على الاحتياط" لذا تعيّن الحراسة استثناءً، وكذا قوله: "فتثبت به الحيلولة احتياطاً" يدل كذلك على طبيعتها الاستثنائية، وما يدل على تعيّن حال الخصومة وذلك في حالة: "لو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفاً على العبد"^(٢).

وقرر العلامة المالكي الشيخ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي^(٣) رحمه الله في شرحه لنظم العاصمة متى يتعيّن الحكم بالحراسة والتوقيف حين يبيّن قائلاً: "يعني أن من شهد له عدلان شهادة قطعية باستحقاق شيء من آخر وبقي للمشهد عليه الإعذار فيها، إما بالطعن في شهودها، وإما بظهور تناقض في فصولها، أو فيما بينها وبين مقال الطالب، وقف الشيء المتنازع فيه، وحيث جاء توقيفه من جهة المطلوب؛ لأنه لم يسلم الشهادة، وطلب الإعذار فيها، فلا غنى عن أجل يضربه القاضي له للإعذار وقدره شهر، كما تقدم في الآجال، فإن انقض الأجل ولم يأت بما تأجل له وتمت الشهادة بالإسقاط عليه مع عدم المعارض، قضى بالشيء المتنازع

(١) «شرح فتح القدير»: (٤/٥١١).

(٢) قال الإمام برهان الدين ابن مازة رحمه الله المتوفى سنة (٦١٦هـ) في مُصنّفه «المحيط البرهاني»: "وإذا ادعى على امرأة كبيرة نكاحاً، وهي تجحد، فأقام بيّنة عليها، ويسأل من القاضي أن يضعها على يدى عدل حتى يسأل عن شهوده، فالقاضي لا يفعل ذلك في هذا الباب، وكذا الجارية البكر، إذا كانت في منزل أبيها، جاء رجل وادعى نكاحها، فالقاضي لا يضعها على يدى عدل؛ لأنه لا تهمة هنا في هذا الباب أيضاً". (٣١٤-٣١٥/١٢)، فعدم تعيّن الحراسة هنا لم يوجب الحكم بها بل رُد طلبه؛ لوجود ما يقوم مقامها ويُغني عنها، من الولاية الأبوية وغيرها، ثم لانتفاء وجود الخطر العاجل، حتى وإن كان النزاع جدياً.

(٣) هو العلامة الفقيه عثمان بن بلقاسم بن المكي التوزري الزبيدي، اشتهر بـ عثمان بن المكي، كان فقيهاً، مالكيّاً، ومدرساً بجامعة الزيتونة بتونس، وأحد أعيان المدرسين من الطبقة العليا بالجامع، له مصنفات منها "توضيح الأحكام على تحفة الحكام"، توفي سنة (١٣٣٨هـ).

فيه للطالب، وإن أتى بما ينفعه قبل انقضاء الأجل رفع الإيقاف ورد الشيء الذي كان موقوفاً ليد صاحبه ولا تُسمع للطالب دعوى فيه بعد تعجيزه على نحو ماتقدم^(١)، فدل على تعيين الحراسة القضائية بقوله: "وَقَفَ الشيء المتنازع فيه" بعد ذكر حيثيات سابقة أوجبتها، ثم تبعا ما يؤكد تعيينها من إجراءات قضائية لاحقة.

وأوضح العلامة محمد الكافي (ت: ١٣٧٩هـ) رحمه الله شيئا من أسباب تعيينها في النوع الثالث من أنواع الشهادة بشرحه فقال: "قوله (فصل في التوقيف) ذكر في هذا الفصل أسباب التوقيف وكيفيته، ويسمى العقلة، والإيقاف يكون لأسباب: إما للإعذار في شهادة عدلين، وإما للإتيان ببينة قريبة، وإما للإتيان بشاهد ثان، وغير ذلك، ... يعني: أن النوع الثالث من أنواع الشهادات شهادة لا توجب تسليم الحق فيه، ولكن توجب توقيفه بحكم الحاكم ... فهذه لم توجب حقاً الآن، وإنما أوجبت توقيف المدعى فيه بحيث لا يتصرف فيه المطلوب"^(٢)، ويّين الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط (ت: ١٣٨٠هـ) رحمه الله متى تتعين الحراسة بقوله: "إذا طلب المدعي عَقْلَةً الشيء المتنازع فيه ... وإذا أقام البينة على ما يدعي، أُجيب إلى ذلك ... فتكون بشهادة عدلين بالملكية، إذا بقي للحكم بشهادتهما الإعذار فيهما، وتكون بشهادة مجهولين احتاجا إلى التزكية"^(٣).

فقولهما: "إنما أوجبت توقيف المدعى فيه"، دل على تعيينها، وذلك حين: "أقام البينة على ما يدعي"، فوجب الحكم بالحراسة حتى: "لا يتصرف فيه المطلوب"

(١) «توضيح الأحكام على تحفة الحكام»: (١٠٨/١).

(٢) «إحكام الأحكام على تحفة الحكام»: (٣٩).

(٣) «الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية»: (٧٥).

إلى حين صدور الحكم النهائي في موضوع الحق .

وفصل الإمام ابن القاص رحمه الله (ت : ٣٣٥ هـ) مسائل تتعين فيها الحراسة وأخرى يُعدّلُ عنها إلى غيرها كال كفالة لعدم تعيينها فقال : " واتفقا - أي أبو حنيفة (١) والشافعي (٢) - على أنه لو ادّعى أمة، أو ادّعى امرأة وهي تحت آخر، وادّعت امرأة طلاق زوجها، أو ادّعت أمة على سيدها عتقاً، أو أنها حرة، وشهد للمدّعي شاهدان، أنه يُعدّل ذلك كُلّه، إلى أن يسأل عن الشهود، وأمّا إن ادّعى على امرأة أنها امرأته، وليست هي تحت زوج، أو ادّعى على جارية أنها أُمته، فزعمت الجارية أنها حرة، ولم تكن الجارية تحت أحد، لم يُعدّل، ويُؤخذ منها كفيلاً " (٣)، فوفقاً لاصطلاح الشافعية، قوله حيناً : " أنه يُعدّل ذلك كُلّه "، وحيناً آخر : " لم يُعدّل "، يرجع ذلك لنظر القاضي في تعيين الحكم بالحراسة في كل حالة بحسبها، ونظائره كثيرة .

وبين الإمام البهوتي رحمه الله (ت : ١٠٥١ هـ) شيء من التقدير القضائي الذي يتعين من خلاله الحكم بالحراسة القضائية حين سرده لمسائلها فقال : " ... وسأل جعل مدعي به من عين معلومة بيد عدل حتى تُزكى بينته، أُجيب ثلاثة أيام، أو أقام مدع شاهداً على خصمه بمال، وسأل حبسه حتى يقيم الآخر، أُجيب ثلاثة أيام؛ لتمكنه من البحث فيها، فلا حاجة إلى أكثر منها، بل في حبسه أكثر منها

(١) هو الإمام، أبو حنيفة، النعمان بن ثابت، الكوفي، ولد بالكوفة سنة (٨٠ هـ)، فقيه أهل العراق، وإمام أصحاب الرأي، وإليه يُنسب المذهب الحنفي، ضُرب على القضاء زمن المنصور وحُبس، توفي في السجن سنة (١٥٠ هـ)، « سير أعلام النبلاء » : (٣٩٠ / ٦)، « طبقات الحفاظ » السيوطي : (٨٠) .

(٢) هو الإمام، أبو عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، الملقب، القرشي، ولد بغزة سنة (١٥٠ هـ)، أحد أئمة المذاهب الكبار، والمناقب المشتهرة، إليه يُنسب المذهب الشافعي، صنف " الأم " و " الرسالة " و " اختلاف الحديث "، توفي سنة (٢٠٤ هـ)، « تذكرة الحفاظ » : (٣٦١ / ١)، « طبقات الحفاظ » : (١٥٢) .

(٣) « أدب القاضي » : (٤١٥) .

ضرر كثير، ولا يتعذر على المدعي احضار المزكين أو الشاهد الثاني فيها غالباً^(١)، وقرر الإمام الرُّحبياني^(٢) رحمه الله في حيثيات مسائل الحراسة فقال: "... أو أقامت امرأة بينه بطلاقها وسألت (تجنب مطلقاً بائناً إياها) ثلاثة أيام (حتى تُزكي) بينها، أُجيبَت إلى ذلك، وحيل بينه وبينها احتياطاً، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينه وبينها؛ لأنه الواحد لا يثبت به طلاق فأشبهه عدمه"^(٣).

فقوله: "حيل بينه وبينها احتياطاً" دل كذلك على طبيعتها الاستثنائية، وقوله: "فلا حاجة إلى أكثر منها" فدل على أن تعيينها لا يكون إلا بقدر ما يسوغ قضاءً.

والمنظم القضائي السعودي - تبعاً لمرجعيتَه الشرعية - أورد في حيثيات نظام المرافعات الشرعية ما يقتضي تعيين الحراسة القضائية لأسباب مختلفة، وإن لم يصرح به، منها ما نصه في الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية للمادة الأولى بعد المائتين أن: "للمحكمة عند الاقتضاء أن تأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية على المحكوم به بما تراه محققاً للمصلحة، من ضمان أو حراسة أو نحوها، حتى يُبَيَّن في الإشكال" (١١٥).

وفي الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية للمادة الثانية والعشرون بعد المائتين لنظام المرافعات الشرعية ما نصه: "إذا عجز المحجوز عليه عن تقديم كفيل غارم، فإن أمكن إيداع المحجوزات في محلها وتحريزها لم تنقل، وإلا نُقلت إلى مكان آخر مناسب ووضع عليها - عند الاقتضاء - حارس من قبل المحكمة لحفظها في

(١) «شرح منتهى الإرادات»: (٥٢١/٣).

(٢) هو العلامة، مصطفى بن سعد بن عبده، السيوطي، الدمشقي، اشتهر بالرحبياني، نسبة للرحبية؛ لمولده بها، من أعمال دمشق سنة (١١٦٠هـ)، فقيه، فرضي، تولى فتوى الحنابلة، وأخذ عنه خلق كثير، عُرِفَ بمصنفه "مطالب النهي في شرح غاية المنتهى"، توفي سنة (١٢٤٣هـ)، «مختصر طبقات الحنابلة»: (١٧٩).

(٣) «مطلب أولى النهي»: (٥١٤/٦).

(٤) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٣١٥/٢).

الحالين، حتى يتم التنفيذ عليها"^(١)، وفي الفقرة الخامسة من اللائحة التنفيذية للمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين لنفس النظام أن: "للقاضي عند الاقتضاء - ولو لم يصدر حكم في الموضوع - أن يقيم حارساً بأمر يصدره، ولو لم يطلب ذلك أحد من الخصوم"^(٢).

فتكرار نصه ب: "عند الاقتضاء"، وتعليقه بكونه: "محققاً للمصلحة" و: "لحفظها في الحالين"، فيه ما يوجب ويتعين على ناظر القضية التوقف - شرعاً ونظاماً - للعمل وفق تحقيق المصلحة بالحكم بالحراسة القضائية .

وقرر في حيثيات تقنينه لدعوى طلب الحراسة بالتحديد بنظام المرافعات الشرعية ما يوجب تعيينها - حين تحقق وجود الخطر العاجل والنزاع الجدي ونفاذ غيرها - كما بينته المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين وذلك: "في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، والمتعلقة بالمنازعة نفسها"^(٣)، وكذلك تتعين - كما في المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين - في كل خصومة ونزاع قضائي: "يكون الحق فيه غير ثابت"، وفي بقية نص المادة نفسها ما هو أوضح في تعيين الحراسة ما إذا: "قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة"^(٤).

وبين المنظم السعودي - أيضاً - حالات على سبيل المثال لا الحصر تتعين فيها الحراسة، وذلك كما في نص المادة السادسة والثلاثون بعد المائتين بأنه حين: "يُعرض حق المدعي للخطر أو يؤخر أدائه"^(٥)، وفي المادة الثامنة والثلاثون بعد

(١) المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية د. معوض عبدالنواب: (٥٢٣) .

(٢) الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية، سليمان الشايعي: (١٢٨-١٥١/١/٢) .

(٣) المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية د. معوض عبدالنواب: (٥٣٥) .

(٤) المرجع السابق: (٥٤٧) .

(٥) الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية، سليمان الشايعي: (١٤٤/١/٢) .

المائتين قرر أنه: "لمن يُضار من أعمال تُقام بغير حق" ^(١)، وجاء بالفقرة السادسة من اللائحة التنفيذية للمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين أنه: "إذا أساء الولي أو الناظر التصرف" ^(٢)، وما نص عليه في الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة الأربعين بعد المائتين حين يكون محل النزاع فيه: "خلاف على إدارته" ^(٣)، ثم تتعين الحراسة مادام أن الخصم: "بين أسباباً أخرى" ^(٤)، تاركاً لرجال القضاء بعد ذلك الاجتهاد في كل حالة قضائية بحسبها، وما يوجبه النظر الشرعي في تعيينها. والناظر في الأحكام القضائية الصادرة من القضاء السعودي يجد أخذه بهذا الركن، وإن لم يصرح به في نصوص أنظمتها، منها الحكم الصادر من الدائرة التجارية التاسعة بديوان المطالم بمنطقة مكة المكرمة / جدة ذو الرقم (٢٧٣ / د / ٥ / تج / ٩ / لعام ١٤٢٨ هـ) بتاريخ (٢٨ / ٨ / ١٤٢٨ هـ) فقد جاء في حيثيات أسبابه نصه بقوله: "وحيث قد استقر القضاء على أنه يجب تعيين الحارس القضائي عندما يكون النزاع قد عاصره خطر وانتهاب للمال أو ضياعه، فإنه يتعين إيقاع الحراسة لحين الفصل في النزاع،... فإنه يتعين والحال ما ذكر تحقيقاً للعدالة ودفعاً للضرر إيقاع الحراسة القضائية".

* * *

(١) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٢ / ٤٥١).

(٢) المرجع السابق: (٢ / ٤٥٧).

(٣) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (٢ / ١٥١-١٢٨).

(٤) هو جزء من نص الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية للمادة الأربعين بعد المائتين، انظر: المرجع السابق جزءاً وصفحة.

المبحث الرابع

قابلية الشيء محل الحراسة للوضع تحت الحراسة

ليصح صدور الحكم العاجل لقيام الحراسة القضائية - بعد تحقق الأركان الأخرى - يجب أن يكون الشيء محل الحراسة قابلاً للوضع تحت الحراسة أصلاً، وذلك إما بالنظر لطبيعته المادية، أو بمقتضى الظروف المحيطة به، أو بحكم التشريع الإسلامي، والتقنين التنظيمي الخاضع له، وإلا كان الحكم بها معيباً، لا معنى لصدوره.

أما المقصود بالشيء^(١) هنا - من تتبع كلام الفقهاء رحمهم الله في مسائل العقلّة والتوقيف - هو كل ما كان ذا مادية معتبرة^(٢)، قابلاً للوضع تحت الحراسة، من حيث طبيعته، سواء أكان ثابتاً أو منقولاً، أو أصولاً أو ثماراً، أو عيناً أو منفعةً أو ديناً في الذمة، أو حياً أو جماداً، أو استهلاكياً أو استعمالياً، أو مملوكاً أو محجوراً، أو قابلاً للقسمة أو غير قابل، أو مثلياً أو قيمياً، أو خاصاً أو مشتركاً، أو

(١) قال الدكتور عبدالكريم زيدان: "فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون محل الحق ما تتحقق فيه صفة (المادية)، أي أن يكون مالا، وبهذا يساوون بين المال وبين الشيء الذي يصلح أن يكون محلاً للحق، فهم لم يعرفوا المال بأنه الحق، وإنما اعتبروا المال هو الشيء الذي يرد عليه الحق؛ ولهذا راحوا يعرفون المال حتى يعرف به صلاحية الشيء لأن يكون محلاً للحق"، "نظرات في الشريعة الإسلامية": (٤٢٠)، فالفقهاء رحمهم الله - كما سيظهر في نقولهم الآتية - أسبق تاريخياً في استعمال مدلول كلمة (الشيء) لما يقع تحت الحراسة، حيث ما ظهرت كلمة الشيء "chose" بالفرنسية أخذاً من اللغة اللاتينية القانونية إلا في القرن الثاني عشر الميلادي، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (١٠٨).

(٢) تعريف المال بتوسع - ليعرف به المقصود به (الشيء) - حسب كل مذهب مع عرض أقوال الفقهاء وبيان الفروقات والمحترزات، ليس موضعه هنا ولا مجاله من الدراسة، وإنما أوردُ تعريفاً مختاراً للدكتور طارق الخويطر لعله أقرب للمقصود في أطروحته العلمية، قال: "المال: كل شيء له قيمة مادية بين الناس، ويجوز الانتفاع به، أو ببدله شرعاً، في حال الاختيار"، «المال المأخوذ ظلماً وما يجب فيه في الفقه والنظام»: (٩١/١)، وللتوسع ينظر: «الملكية في الشريعة الإسلامية» د. عبدالسلام العبادي: (١٧٢/١) وما بعدها، «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية» د. عبدالكريم زيدان: (١٨٣) وما بعدها، «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي» مصطفى الزرقا: (١٣١) وما بعدها.

مادياً أو حقاً معنوياً، أو أصلياً أو تبعياً^(١)، فكلأ يُوقف بحسب طبيعته، في كيفية تكون قابلة للوضع تحت الحراسة، وعليه قعد الإمام ابن المناصف رحمه الله (ت: ٦٢٠هـ) بقوله: "وفي كل نوع بحسب الاجتهاد وقرينة الحال"^(٢)، وبمثله قرر العلامة الشيخ محمد الكافي رحمه الله (ت: ١٣٧٩هـ) فقال: "وكيفية التوقيف مختلفة باختلاف الموقف"^(٣).

وقد جاء اعتبار النظر لطبيعة الشيء للتحقق من مدى كونه قابلاً للوضع تحت الحراسة مبكراً في الفقه الإسلامي^(٤)، ومنها ما قرره - أيضاً - الإمام ابن المناصف رحمه الله (ت: ٦٢٠هـ) بقوله: "لا يُعَقَّل على أحد شيء مما بيده بمجرد دعوى الغير فيه ... فإن كانت داراً اعتقلت بالقفل، وأرضاً منع من حرثها، وحانوتاً،

(١) استفتت - بتصرف - من تقسيمات المال لدى الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله المتوفى سنة (١٤٢٠هـ) في كتابه: «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي»: (١٣١)، قال الدكتور عبدالحكيم فراج: "وقد أجاز الفقهاء الحراسة القضائية على المنقول وعلى العقار، كما أجازوها على مجاميع الأموال، وعلى ذمة باكملها، وهو ما تنجّه إليه الشرائع الحديثة إلى النص على جوازها في تقنيناتها، والمحاكم العصرية في أحكامها، وكذلك طبق الفقهاء الحراسة أيضاً على الأشخاص في حالات خاصة ... ولم يقتصر فقهاء الشريعة الإسلامية في تطبيقهم لنظام الحراسة القضائية على حالات محصورة، وإنما توسعوا في هذا النظام حتى واجهوا به كثيراً من الضرورات العملية التي كانت موجودة في ذلك الوقت"، «الحراسة القضائية في التشريع المصري»: (١٥).

(٢) «تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام»: (٢١٣)، في فصل: في اعتقال الرباع وما يسقطه طول الحوز من القيام.

(٣) «إحكام الأحكام على تحفة الحكام»: (٣٩)، في النوع الثالث من أنواع الشهادات.

(٤) نُقل عن الفقيه ابن القاسم رحمه الله المتوفى سنة (١٩١هـ) في «المدونة» للإمام مالك رحمه الله المتوفى سنة (١٧٩هـ) ما نصه: "قال ابن القاسم: «وإنما الوقف فيما يزول، فأما الرباع التي لا تزول ولا تحول، فليست تُوقَف مثل ما يزول، ولكن تُوقَف وفقاً يمنع من الأحداث فيها": (١٣/١٨٤)، وقال الإمام ابن أبي زمنين رحمه الله المتوفى سنة (٣٩٩هـ): "فالذي عليه الفتيا أن المدعى إن كانت في دار اعتقلت بالفعل ...، وإن كانت في أرض منع من حرثها، وإن كانت مما له خراج كالفرن والحانوت وما أشبه ذلك ...، وقِف الخراج، وإن كانت في حصة ... يُوقف من الكراء بقدر الحصة ...، باب الحكم في توقيف ما لا يستحق من الحيوان ... وقفه فيما قرب من يومه ...، باب الحكم في توقيف ما يسرع إليه الفساد ... وخاف على المدعى فيه الفساد، أمر أميناً فباعه، وقبض ثمنه، ووضع الثمن على يد عدل"، «منتخب الأحكام»: (٩٤) وما بعدها.

وكَلَّمَا له خرج، وقف الخرج، وفي الحِصَّة تُعَقَّل ... وإن كان المدعى فيه أصل، نخل أو زيتون، أو نحو ذلك مَّا له ثمرة، ... وإن كانت أرضاً فيها زرع ...، وكذلك في العبد والدَّابة ...، كله راجع إلى النظر والاجتهاد، وما يقرب به صدق الدَّعوى في المعتاد، ... فصل: في توقيف الشيء المدعى فيه غير الرَّبع والأصول ... وقَّفه فيما يقرب من يوم ونحوه ...، فصل: فأما توقيف ما يسرع إليه الفساد، كاللَّحْم ورطب الفواكة وما أشبه ذلك، ... وخيف فساد المدعى فيه، أمر القاضي أميناً فباعه، ووضع ثمنه على يدي عدل، يأخذه من استحقَّه^(١)، فقله: "كله راجع إلى النظر والاجتهاد، وما يقرب به صدق الدَّعوى في المعتاد"، فيه تأمل واجتهاد من قبل قاضي الأمور العاجلة في النظر لطبيعة الشيء الماليَّة - أو غيرها - من حيث قابليَّته لوضعه تحت الحراسة .

وقسَّم الإمام ابن فرحون رحمه الله (ت: ٧٩٩هـ) الشيء بالنظر لطبيعته الماليَّة فقال: "الفصل الرابع: في توقيف الشيء المدعى فيه، وهو ثلاثة أنواع، النوع الأول: العقار، وينقسم إلى قسمين: دُور وأراضٍ ...، النوع الثاني: توقيف الحيوان وفي .. العبد والجارية ...، النوع الثالث: توقيف ما يسرع إليه الفساد كاللحم ورطب الفواكة وما أشبه ذلك ...، الفصل الخامس: في توقيف مال الغائب ومال اليتيم"^(٢)، ففي حيثيات هذا التقسيم فصلَّ رحمه الله وأوضح مدى قابليَّته وكيفيَّته بحسب طبيعته للوضع تحت الحراسة .

وقرر العلامة عثمان بن المكي التوزري رحمه الله (ت: ١٣٣٨هـ) - بعدما بيَّن وقدم للخطط والإجراءات القضائية للتوقيف - الاعتبار والنظر لطبيعة محل الحراسة الماليَّة ومدى قابليَّته للتوقيف فقال: "...، ثم يُنظر قبل هاته الأعمال على

(١) «تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام»: (٢١٠) وما بعدها .

(٢) «تبصرة الحُكَّام»: (١٥٢/١) وما بعدها .

ما جرى به عمل القضاة إلى الشيء المتنازع فيه عند ضرب الأجل، فإن كانت الدعوى في دار ليست للخراج اعتقلت بالقفل ...، وإن كانت للخراج كالرحى والفرن والحمام والفندق والحانوت وقِفَ كِراؤها ...، وإن كانت في غير الدور والأرضين، بأن كانت في العروض والحيوان ... فإنه يوقف تحت يد أمين ... فإن لم يؤمن فسادها بطول الزمن، أو كانت كبرقوق وتفاح، بيعت، ووقف ثمنها تحت يد أمين" (١).

وحينما قال العلامة الشيخ محمد الكافي رحمه الله (ت: ١٣٧٩هـ): "وكيفية التوقيف مختلفة باختلاف الموقوف - بين كيفية قابليته للوضع تحت الحراسة من حيث طبيعته بقوله - فوقف ما كالدور من كل ما يراد للسكنى لا للغلة ولا للكرى يكون بغلق بابه ... ووقف العقار على هذا الوجه ... وأما الشيء الذي له خراج ... إنما توقف منفعته، ... والوقف في الأرض منع المطلوب من حرثها أو غرسها أو بنائها ... وإذا كان الشيء المتنازع فيه جزء من كل ...، يوقف من الكراء بقدر ما يجب للحظ المتنازع فيه ...، وحكم الحيوان والثياب المتنازع فيها أن توضع تحت يد أمين ...، فيوقف الأصل بسببه بحيث لا يتصرف المطلوب فيه ...، وأما ما يلحقه الفساد، كالفواكة التي لا تيبس، فإنها تباع، ويوقف ثمنها" (٢)، وقن ذلك العلامة محمد العزيز جعيط رحمه الله (ت: ١٣٨٠هـ) بالمبحث السادس: في العُقْلَة، من المواد ذوات الأرقام: (١٢٣) و(١٢٤) و(١٢٥) و(١٢٦) (٣).

(١) «توضيح الأحكام على تحفة الحكام»: (١٠٨/١) وما بعدها.

(٢) «إحكام الأحكام على تحفة الحكام»: (٣٩).

(٣) «الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية»: (س)، وقال رحمه الله في موضع آخر: "إذا طلب المدعي عُقْلَة الشيء المتنازع فيه ... يمنع المطلوب أن يحدث في العقار ... وما له خراج كالحوانيت ودور الكراء ... وما ليس له غلة كدور السكنى"، «الطريقة المرضية»: (٧٥-٧٦)، وقد فصل الكلام عن الشيء الواقع تحت الحراسة ومدى قابليته للحراسة بالنظر لطبيعته المالية.

أما الشيء الذي لا يُعد مالا ولا حقاً متقوماً بطبيعته، فلا يكون قابلاً للوضع تحت الحراسة، كالحققات والمهدر عُرْفاً، من حبة الحنطة والحشرات وحفنة التراب، أو لكونه غير محرز، كالسّمك في الماء، أو الطير في الهواء^(١)، أو ما وضع بطبيعته لمصلحة النَّاس عامة كالطرق والجسور والمراع والأنهار والأبار والحدائق وغيرها^(٢)، قال الإمام ابن المناصف رحمه الله (ت: ٦٢٠هـ): "وإن كان مُمّن يتعذّر، وفيه مضرّة على المدّعى عليه، لم يجب توقيفه"^(٣)، فقلوه: "مُمّن يتعذّر"، فلا يكون قابلاً بالنظر لطبيعته - أو لغيرها - للوضع تحت الحراسة، ثم قوله: "وفي مضرّة على المدّعى عليه" فمن باب أولى أن لا يكون قابلاً للوضع تحت الحراسة إن كان فيه مضرّة على مصلحة النَّاس عامة .

وما صاغة الفقهاء رحمهم الله في النظر لطبيعة الشيء الماليّة^(٤)، وتقسيمه، وتكييفه، ومدى قابليّته للوضع تحت الحراسة، ليس هو من قبيل الحصر، وإنما هو افتراضاً، أو تدويناً لما كان في ذاك العصر^(٥)، تاركاً للناظر القضائي - بتأمّله لمدوّناتهم وفقهه لخطط المرافعات ومحل الخصومات - الاجتهاد في إصدار أحكامه وقراراته العاجلة بالحراسة على الشيء، حسب مستجدات عصره، وطبيعة الأشياء، آخذاً بعين الاعتبار أن يكون ما وضعه تحت الحراسة ذا ماليّة معتبرة، ثم ينظر

(١) «الملكيّة في الشريعة الإسلاميّة طبيعتها ووظيفتها وقبورها» د. عبدالسلام العبادي: (١٧٩) .

(٢) قال الإمام ابن قدامة رحمه الله المتوفى سنة (٦٢٠هـ): "فصل: وما كان في الشوارع والطرق والرحاب بين العمران، فليس لأحد إحياؤه، سواء كان واسعاً أو ضيقاً، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيّق؛ لأن ذلك يشترك فيه المسلمون، وتتعلق به مصلحتهم، فاشبه مساجدهم"، «المغني»: (٣٣٥/٥) .

(٣) فصل: في توقيف الشيء المدّعى فيه غير الرّبع والأصول، «تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام»: (٢١٥) .

(٤) في المذاهب الفقهية تدوينٌ للفروع في التوقيف والحراسة القضائية، فيما يدل على تأصيل وتوثيق هذا المبحث بالتحديد، ما يُثقل الرسالة نقله، فاكتفيت هنا بالمذهب المالكي نموذجاً؛ نظراً لتجمع شتات عبارته .

(٥) قال الإمام ابن عابدين رحمه الله المتوفى سنة (١٢٥٢هـ): "إن كثيراً من الأحكام بيّنها المجتهد على ما كان في زمانه، فتختلف باختلاف الزمان"، «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف»: (١٢٣) .

لقابليته بحسب طبيعته المالية للوضع تحت الحراسة .

أما إذا كان الشيء غير قابلاً للوضع تحت الحراسة لا بذاته وطبيعته المحضة، وإنما بمقتضى الظروف المحيطة به، وتفصيله - على وجه التمثيل لا الحصر^(١) - أنه إذا لم يمكن أن يُعهد بإدارة الشيء المراد وضعه تحت الحراسة من قبل أمين القاضي ولا غيره، ولا تحديده، ولا الحجر عليه؛ وذلك بمقتضى الظرف الحالي أو المتجدد المحيط بالشيء، حين نظر دعواها أو حين صدور حكمها؛ ما يستوجبه - إذا فُرضَ وتم إعماله - فقط الإضرار، أو التعطيل، أو حتى التقليل من منفعة الشيء .

فساعتئذٍ - وفي حكمٍ مباشر - يكون غير قابل للوضع تحت الحراسة، ويقتضي اتخاذ طرق قضائية أخرى، أكثر فاعلية، وأقرب عدلاً وصواباً؛ نظراً للقواعد الشرعية الكلية المقررة في الأقضية، منها أن الضرر يزال، وغيرها كثير^(٢).

وقد قرر الفقهاء رحمهم الله - في صورٍ منها - أن الشيء لا يُنزع من يد المدعى عليه، وإنما يُترك موقوفاً بيده؛ تغليباً لمصلحة المحل، على إن لا يتصرف فيه تصرفاً يُفِيته، أو يُغير حاله، وقد يُجعل معه - عند الاقتضاء - أميناً مُلازماً، سواء من الأطراف أو غيرهم^(٣)، إلى حين صدور الحكم النهائي في موضوع الحق الأصلي،

(١) قال الإمام ابن المناصف رحمه الله المتوفى سنة (٥٦٢٠هـ): "وفي كل ذلك تفصيل وأقوال كثيرة مرجعها إلى الاجتهاد، وشاهد الحال"، تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام: (٢١٣).

(٢) قال الإمام العز بن عبد السلام رحمه الله المتوفى سنة (٦٦٠هـ): "فائدة: الغرض من نصب القضاة إنصاف المظلومين من الظالمين، وتوفير الحقوق على المستحقين، والنظر لمن يتعدى نظره لنفسه، ... وإن كانت الدعوى بعين ضررٍ رُبها بالخلولة بينه وبينها، ... فيجب على الحاكم سلوك أقرب الطرق في دفع هذه المفسدة عن المستحق"، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام: (٧٨-٧٧/٢).

(٣) قال العلامة الرُحيباني رحمه الله المتوفى سنة (١٢٤٣هـ): "ولا يحبس مدعى عليه (إن أقامه) أي: الشاهد مدعى (بغير مال) وسأل حبسه حتى يقيم الآخر (أو سأل حبسه لغيبه) فلا يجيبه (لكن يجاب المدعي للملازمة) لحصمه ... (ويلزم المدعي) في الثلاثة أيام؛ لئلا يهرب، فيضيع حقه"، مطالب أولي النهى: (٥١٤/٦).

وهي ما يُسمى - فقهاً - بالتوقيف غير التام^(١)؛ وذلك نظراً لمقضيّات معتبرة أوجبتها البيّنات والظروف والوقائع المحيطة بالشّيء، حين نظر الدعوى العاجلة .

قال - كغيره^(٢) - العلامة ميارة الفاسي رحمه الله (ت: ١٠٧٢هـ) في أحكام الحراسة: "أن التوقيف يختلف باختلاف سببه ... وإن كان سببه شهادة عدل واحد، فإن الإيقاف يكون بمنع صاحبه من تفويته ببيع أو غيره، ومن إخراجه عن حاله بهدم أو بناء، ولا ترفع يد حائزه عنه"^(٣)، وبحاشيته قال العلامة المعداني رحمه الله (ت: ١١٤٠هـ): "والعدل الواحد يوقف معه العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام"^(٤).

وحين نقل الإمام برهان الدين ابن مازة رحمه الله (ت: ٦١٦هـ) مسائل في الحراسة بيّن في حيثيات أحكامها، مدى أهمية القدرة على تحديد الشّيء تحديداً كاملاً؛ ليكون قابلاً للوضع تحت الحراسة، فقال عن: "رجل ادعى لؤلؤة في يدي رجل، وأقام شاهدين، وسأل وضع اللؤلؤة على يدي العدل، فإن لم يُعدّل شاهداً، أقام شاهدين آخرين؛ لأنه كان يتخوف أن يهبها، ولا يشهد شهوده إلا بالمعائنه، فإنني أستحسن أن أضعها على يدي عدل"^(٥)، فقله: "ولا يشهد شهوده إلا

(١) تفرد بإطلاقه - فيما ظهر لي في مظانه - العلامة القاضي المعداني المالكي المغربي رحمه الله المتوفى سنة (١١٤٠هـ) في حاشيته على الشرح والتحفة، ينظر: حاشية «شرح ميارة الفاسي»: (١٢٤/١) .

(٢) «تنبيه الحُكّام على مآخذ الأحكام»: (٢١٠)، «تبصرة الحُكّام»: (١٥٣/١)، «البهجة في شرح التحفة»: (١٩٧/١)، «توضيح الأحكام على تحفة الحُكّام»: (١٠٩/١)، «فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد»: (٤١٨) .

(٣) «الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحُكّام»: (١٢٥/١) .

(٤) حاشية «شرح ميارة الفاسي»: (١٢٤/١)، وجاء في نوازل ابن سهل المالكي رحمه الله المتوفى سنة (٤٨٦هـ) قوله: "ويجب عقل الثلاثة الأرباع التي لهما عقلاً بمنع الموجود في الدار من أن يحدث فيها حدثاً، إلا أن يأتي خصم الملغي في الدار بما يسقط به العقل"، «ديوان الأحكام الكبرى»: (٢/٧٧٧)، فحكم الحراسة هنا محلّه ملك عائلي، فلا يكون قابلاً ليوضع تحت الحراسة التامة، ولا يُنزع الشّيء من المدّعى عليه، بل يبقى موقوفاً بيده، إلى حين إكتمال بيّنة المدّعي، أو يأتي المدّعى عليه بما يلغي الحراسة والإيقاف غير التام .

(٥) «المحيط البرهاني»: (٣١٣/١٢) .

بالمعانية"، فعند عدم قدرة الشهود أو غيرهم كأطراف الدعوى، على تحديد الشيء المتنازع عليه، ولا مُعانيته بالطرق القضائية المعتمدة، فيقتضي عدم قابليته للحراسة؛ لعدم اكتمال بينة التوقيف، وظهور صدق المدّعي، وغيرها^(١)، ثم صاغ رحمه الله في ضبط قضائي للحراسة: بقوله "وكذلك في كل شيء يحول من مكانه، ويُخاف على أن يُغيبه"^(٢)، فلا يمكن حينئذٍ تحديده؛ ليكون قابلاً للوضع تحت الحراسة^(٣).

وقد يتحقق الضرر بمجرد الحجر المباشر على الشيء بالحراسة والإيداع لدى الحارس الأمين؛ بمقتضى الظروف الموازية للدعوى العاجلة، فكل ما لا يصح حججه على الخصوم^(٤)، لا

(١) وفي نفس السياق - من أحكام التوقيف والحراسة - جاء في «المدونة» للإمام مالك رحمه الله المتوفى سنة (١٧٩هـ): "وإنما تُوقَفُ هذه الأشياء؛ لأنها تحول وتزول، وإنما يُشْهَدُ على عينها، وكذلك هذا في كل ما ادّعى بعينه، من الرقيق والحيوان والعروض": (١٨٤/١٣)، فقله: "وإنما يُشْهَدُ على عينها"، فإن لم يمكن تحديد الشيء بالمُشاهدة والمعانية، أو غيرها بحسب طبيعته، فيقتضي عدم قابليته للوضع تحت الحراسة، ولذا قال الإمام القرافي رحمه الله المتوفى سنة (٦٨٤هـ): "كما يوقف الحيوان والعروض؛ للحاجة للحضور للشهادة على عينه، وما لا يحتاج إلى إحضاره لتشهد البينة على عينه لا يؤخذ فيه كفيلاً"، الذخيرة: (١١/١٧).

(٢) «المحيط البرهاني»: (١٢/٣١٣).

(٣) نصت الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة الثالثة عشرة بعد المائة لنظام المرافعات الشرعية السعودي: "إذا رأى القاضي ما يقضي التحفظ على موضع المعانية، والحراسة عليه فيأمر بها"، «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (١/٥٨٨).

(٤) كآلة المدّعى عليه وصنعه، وأدوات مهنته، وما يحتاجه في حرفته؛ للإتفاق على نفسه ومن تلزمه مؤنته، وملكه العائلي، ومركبه المعتاد، «حاشية ابن عابدين»: (٢/٤٦١)، «مغني المحتاج»: (٢/١٥٤)، «مطالب أولي النهى»: (٥/٥١٨)، وكتب وأدوات ومكتب طالب العلم والأكاديمي والطبيب والمهندس والمحامي، والصُّنَاع والحرفيون، وغيرهم، إن لم تكن نفيسه، فمن المبادئ العامة: "بأن لا تقرر الحراسة القضائية على الأشياء غير القابلة للحجز"، «القضاء المستعجل» محمد عبداللطيف: (٣١٦)، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (١٢١-١٢٥)، ونصت الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية للمادة السابعة عشرة بعد المائتين لنظام المرافعات الشرعية السعودي: "يترك للمحجور عليه ما تدعو الحاجة إلى تركه له من منقول وعقار مثل مسكنه ومركبه المعتاد"، الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية «سليمان الشايعي»: (١١٣-١٥١/١/٢).

يكون قابلاً للوضع تحت الحراسة^(١)، بين الإمام الغزالي^(٢) رحمه الله في حيثيات سياقه لأحكام الحراسة والحيلولة بقوله: "ولو جرى في دين فهل للمدعي أن يلتمس الحجر؛ خوفاً من أن يبيع ماله فيه طريقان، منهم من طرد القولين، ومنهم من قطع بالمنع؛ لأن ضرر الحجر عظيم، وقال القاضي: إن كان الخصم معروفاً بالحيلة وخاف القاضي حيلته حجر عليه"^(٣)، وقال الإمام الزركشي^(٤) رحمه الله: "مسألة: لو ادعى مالاً على إنسان، له شاهدان، وطلب المدعي الحيلولة بين المدعى به وبين المدعى عليه ووقفها إلى أن يزكى الشاهدان، أجيب إليه؛ إن كان ممّا لا يخاف اتلافه، وكذا إن كان عقاراً على الأصح، فلو طلب المدعي أن يحجر عليه القاضي، فوجهان، أوردهما الإمام، ونقل الأكثر: أنه لا يجب؛ لأن ضرر المحجور في غير المشهود به عظيم"^(٥).

(١) نقل الإمام السرخسي رحمه الله المتوفى سنة (٤٨٣هـ) فقال: "وعند أبي حنيفة لا يحجر على المديون نظراً له، فكذلك لا يحجر عليه نظراً للفرماء، ولما في الحيلولة بينه وبين التصرف في ماله من الضرر عليه... إلا بقدر ما ورد الشرع به وهو الحبس في الدين... ثم الضرر عليه في إهدار قوله فوق الضرر في حبه". (١٣٤/٢٤).

(٢) هو الإمام، حجة الإسلام، زين الدين، أبوحامد، محمد بن محمد بن محمد، الطوسي، الشافعي، المعروف بالغزالي، ولد في سنة (٤٥٠هـ)، فقيه، أصولي، متكلم، صوفي، عالم بالفروع وغير ذلك، صاحب المصنفات المعروفة كإحياء علوم الدين وغيره، لازم الجويني، وبعد رحلة طويلة انقطع بطوس؛ للنظر في الأحاديث وخاصة البخاري، توفي في سنة (٥٠٥هـ)، انظر: «طبقات الشافعية»: (١١١/٢)، «شذرات الذهب»: (١٠/٤).

(٣) «الوسيط في المذهب»: (٣٦٨/٧)، وقال الإمام النووي رحمه الله المتوفى سنة (٦٧٦هـ): "وصورة فيما إذا حجر القاضي على المشهود عليه في المشهود به، فإن أراد بالحجر الحيلولة حصل خلاف"، «روضة الطالبين»: (٢٥٨/١١).

(٤) هو الإمام، أبو عبد الله، محمد بن بهادر بن عبد الله، الزركشي، المصري، الشافعي، ولد سنة (٧٤٥هـ)، كان فقيهاً، أصولياً، محدثاً، تتلمذ على يد الأسنوي والبلقيني وغيرهم، صنف في علوم شتى كـ "شرح البخاري" و "شرح التنبيه" و "البحر المحيط" وغيرها، توفي سنة (٧٩٤هـ)، «طبقات الشافعية»: (١٦٧/٣)، «طبقات المفسرين»: (٣٠٢/١)، «معجم المؤلفين»: (١٢١/٩).

(٥) «خبايا الروايا»: (٢٧١/١).

وقرر الإمام برهان الدين ابن مازة رحمه الله (ت: ٦١٦هـ) في بيان الضرر الذي يقتضيه بقاء الحاجر على الشيء بالتوقيف للظروف المتغيرة بطول الحراسة فقال: "فأما إذا كان غائباً - أي شاهد الزوجة في الطلاق البائن - فمدة الحيلولة تطول، وتكثر الضرر على الزوج، فاعتبر حق الزوج في هذه الحالة، ولم يعتبر حق الله تعالى، وإذا كان مدة الحيلولة لا تطول، يراعى الحقان بقدر الإمكان"^(١)، ذلك في الحقوق، فأما في عموم الأموال فقد يلحق الضرر بالحاجر عليها للظروف المستجدة بطول الحراسة فقد قال الإمام ابن فرحون رحمه الله (ت: ٧٩٩هـ): "وإن كان ممّا يبعد، وفيه مضرة على المدعى عليه، لم يجب توقيفه، وأحلف المدعى عليه، وخلّى سبيله من غير كفيل يلزمه"^(٢).

فكل توقيف سبب حجراً مؤداه ضررٌ عظيمٌ على الفرد، كان مبرراً للطعن والنقض في حكم الحراسة القضائية، فمن باب أولى النقض والطعن في كل توقيف سبب حجراً فيه ضررٌ للكافة، مع تفصيلٍ بحسب كل حالة على حدة، في مدى درجة الضرر وتعدية، وقوة بيّنة المدعى وأحقّيته، وطبيعة المرفق العام المراد حراسته وخطره، سواء كان ممّا فيه حقٌ لله كالمساجد والأوقاف والحِمى، أو ممّا فيه حق الأدمي كالأبّار والطرق والأنهار، أو ما وضع للريح كوسائل الاتصال ومؤسسات الإعلام النفعيّة، أو لغير الاستغلال كالدور التعليميّة والمدارس والمؤسسات الاجتماعيّة، أو كان ما يُدار من قبل الدولة مباشرة ويدها عليه كوسائل النقل والتنقيب المختلفة، أو يُدار من قبل القطاع الخاص والأفراد بطريق الالتزام كزراعة الأراضي العامة ومصانع الغلال والمحاصيل، وغيرها^(٣)، ممّا يعود للسلطة التقديرية

(١) «المحيط البرهاني»: (٣٠٧/١٢).

(٢) «تبصرة الحكام»: (١٥٤/١)، وقال رحمه الله في موضع آخر: "وإن لم يكن البلد بعيداً جداً حبس المال عنده". (١٥٦/١).

(٣) استفدت تقسيمات المرافق العامة - بتصرف - من الدكتور عبداللطيف هداية الله في أطروحته «الحراسة القضائية في التشريع المغربي»: (١١٨) وما بعدها، ومن الدكتور عبدالله المصلح في بحثه «قيود الملكية الخاصة»: (١٠٨).

المحضة للقاضي المختص في الأمور المستعجلة، من الحكم بالحراسة أو عدمها^(١).

أما إذا كان الشيء غير قابل للوضع تحت الحراسة لا بسبب طبيعته، ولا حتى بمقتضى الظروف المحيط به، وإنما كان عدم قابليته للوضع تحت الحراسة قد تحقق شرعاً؛ بحكم التشريع الإسلامي، أو قانوناً؛ بمقتضى التقنين التنظيمي - من قبل ولي الأمر - الخاضع للكتاب والسنة، والمتوافق معها .

فكل شيء أهدر ماله الشارح الحكيم، ولم يُجز التعامل فيه، فجعله محرماً بعينه أو ببذله، كالخمر والميتة، ومستخرجاتهما ومشتقاتهما، وغيرهما^(٢)، أو حرمة طريق كسبه وتملكه، مثل ما أخذ رباً ومهر البغي واليانصيب، وغيرها - وإن أباحت بعض النظم القانونية الوضعيّة - لم يصح رفع الدعوى العاجلة من الخصوم بطلب حراسته لمصلحته^(٣)؛ لعدم كونه مالاً أو حقاً متقوماً شرعاً^(٤).

وقد يكون الشيء أصليّ الإباحة، وقد أُجيز التعامل فيه شرعاً، ولكن منع وليّ

(١) وذهبت أراء قانونية عدم قابلية الحجر على الشيء العام بموجب حكم الحراسة القضائية؛ لأنه لا يمكن أن يُدار من قبل الغير، ومثلوا بالصيدلية والكنيسة، وفيه نظر على إطلاقه؛ لأن قاضي العجلة له أن يندب لهما من يعمل في مهنتهما من يديرهما، وكذا غيرهما، «القضاء المستعجل» محمد عبداللطيف: (٣١٥)، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (١٢٤) .

(٢) فمن المبادئ العامة ما أورده الدكتور عبدالكريم زيدان في قاعدة نصها: "كل ما يصح التعامل فيه شرعاً يصح أن يكون محلاً للحق العيني وسائر الحقوق المالية"، فما لم يصح التعامل فيه شرعاً لم يكن محلاً للحقوق، ولا المطالبة بها قضاءً، بالحراسة أو غيرها، «نظرات في الشريعة الإسلامية»: (٤٢٧) .

(٣) قال الإمام القرطبي رحمه الله المتوفى سنة (٦٧١هـ): "لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار والخداع والغصب وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرمة الشريعة، وإن طابت به نفس مالكة، كمهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمر والخنازير وغير ذلك ... من أخذ مال غيره لا على وجه أذن الشرع فقد أكله بالباطل، ومن الأكل بالباطل أن يقضي القاضي لك وأنت تعلم أنك مُبطل، فالحرام لا يصير حلالاً بقضاء القاضي؛ لأنه إنما يقضي بالظاهر"، «الجامع لأحكام القرآن»: (٣٣٨/٢)، فليس قابلاً كل شيء حرمه الإسلام، أو كان طريق كسبه محرماً للوضع تحت الحراسة، ولا المطالبة به؛ لأنه أكل للأموال بالباطل .

(٤) «الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقبودها» د. عبدالسلام العبادي: (١٧٩/١) .

الأمر من جواز تملكه الفردي، والتعامل فيه الشخصي، كالمنابع النفطية والمناجم الثمينة وكثبان الرمال المعدنية وغيرها^(١)، أو منع مطلقاً أو في حالات من وضعه تحت الحراسة، كالمرافق الخدمية العامة^(٢)، مثل شركات الماء والكهرباء والموانئ وغيرها، وذلك وفق المصلحة العليا للدولة والأمة، سواء في تقنيات تنظيمية، أو قرارات رئاسية^(٣)، فحينئذ لم يكن قابلاً للوضع تحت الحراسة، ولا المطالبة بذلك؛ لكونه ليس مالاً أو حقاً متقوماً قانوناً ونظاماً^(٤).

وللحاكم الأعلى للدولة ومن ينوب عنه بولاية شرعية ونظامية معتبرة، أن يعدل في القرارات والنظم القضائية والتشريعية الاجتهادية، إباحة أو منعاً، إطلاقاً أو تقييداً، في الشيء الذي منع من قابليته للحراسة، أو التعامل فيه قانوناً ونظاماً لا شرعاً^(٥)؛ وذلك بحسب طبيعة الأشياء المستجدة، ومقتضيات القضية المعاصرة، مما يوجب العمل بمقتضاه، وفق ضوابط السياسة الشرعية، وقواعد المصالح المرسله،

(١) «قيود الملكية الخاصة» د. عبدالله المصلح: (١١١).

(٢) قال الشيخ مصطفى الزرقا: "الحجز القضائي قانوناً لا تقبله الأموال العامة كاملاك الدولة فلا يجوز حجز هذه الأموال لاستيفاء الدين، أما الأموال الخاصة فتحجز"، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي: (٢٤٢).

(٣) للاستزادة يُنظر: "نظام حماية المرافق العامة" السعودي بالمواد رقم (١)، (٢)، (٣)، (٤) منه، وإيضاً "لائحة التصرف بالعقارات البلدية" السعودي بالمواد (١)، (٢) منه، فيها تعريف لماهية المرافق والعقارات العائدة للدولة وحمايتها، الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية «سليمان الشايعي: (١٤٨/١/٥)، (١٦٧/١/٥-٣٢).

(٤) «نظرات في الشريعة الإسلامية» د. عبدالكريم زيدان: (٤٢٨)، «الحراسة القضائية في التشريع المصري» د. عبدالحكيم فرّاج: (٢٥٥)، «الحراسة القضائية في التشريع المغربي» د. عبداللطيف هداية الله: (١١٨).

(٥) من الأنظمة السعودية التي قيد الدراسة والصدور "نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية السعودي" جاء في المادة السابعة والعشرون منه: "عدم جواز حجز أموال الجمعية ذات النفع العام كلها أو بعضها، وعدم جواز اكتساب تلك الأموال بالتقادم"، وقد أقره مجلس الشورى في جلسته العادية (٥٨)، وتم رفعه لمجلس الوزراء للبت فيه، وسبق نشره بصحيفة الوطن السعودية بالعدد: (٢٢٦٧)، الجمعة (١٨/١/٢٠٠٨).

ومآلاتها، من جلب المصالح ودفع المفساد، وحفظ الضرورات الخمس^(١).

والمنظم القضائي السعودي في نظام المرافعات الشرعية صاغ مواده في الحراسة القضائية - وغيرها - بمرجعية شرعية، صبغته بكل الإرث الفقهي التشريعي، ممّا أغناه عن كثير من المواد المقتننة في بيان ما يُوضع تحت الحراسة، ويكون قابلاً لها، ومع ذلك تناول في الباب الثالث عشر "القضاء المستعجل"، التقنين للدلالة لما يُوضع تحت الحراسة، بلفظ: "الشيء"، أو بلفظ: "المال" ومرادفاته، أو بلفظ: "الحق"، دون تفريق بينها في القابلية أو الكيفية، ومن ثمّ في أحكام الحراسة النهائية.

شاملاً لكل الحقوق والأموال بكافة صورها، سواء الفردية أو العامة، أو المادية أو المعنوية، بما أورده من ألفاظ مُقتننة للدلالة على الحل المتنازع عليه، ممّا هو من قبيل التمثيل لا الحصر، ومنها نصه في المادة السابعة والثلاثون بعد المائتين أنه: "لكل صاحب حقٍ ظاهر أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة"^(٢)، وجاء في المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين بتفصيل للشيء أنه: "ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار... ويكون الحق فيه غير ثابت"^(٣)، وفي الفقرة الثانية من لائحتها التنفيذية إيضاح للشيء

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله المتوفى سنة (٧٢٨هـ): "المصالح المرسلة وهو أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة، وليس في الشرع ما ينفيه... وهذا فصل عظيم ينبغي الاهتمام به"، «مجموع الفتاوى»: (١١/٣٤٢-٣٤٣)، وقال الإمام ابن القيم رحمه الله المتوفى سنة (٧٥١هـ): "والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلتها وأماراته في نوع واحد، وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر، بل بيّن بما شرعه من الطرق، أنّ مقصوده إقامة الحق والعدل، وقيام الناس بالقسط، والطرق أسباب ووسائل لا تُراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد، ولكن بما شرعه من الطرق على أسبابها وأمثالها، ولن تجد طريقاً من الطرق المثبتة للحق إلا وهي شرعة، وسبيل للدلالة عليها، وهل يظن بالشرعية الكاملة خلاف ذلك"، «إعلام الموقعين»: (٤/٣٧٣).

(٢) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (٢/١٤٤).

(٣) «المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية» د. معوض عبدالنواب: (٥٤٧).

أنه كل: "ثابت أو منقول أو فيهما، سواء أكان هذا النزاع في الملكية، أم واضح اليد، أم على الحيازة، أم متعلقاً بإدارة المال واستغلاله، كالنزع الذي يحصل بين الورثة، أو بعضهم في التركة، أو بين الشركاء حول إدارة المال المشاع وكيفية استغلاله" (١).

أما في الأموال العامة كمثل الأوقاف والصايات والأموال المشاعة وغلاتها، وغيرها، فقد نص المنظم في الفقرة السادسة من اللائحة التنفيذية للمادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين أنه: "للقاضي... الأمر بالحراسة إذا أساء الولي أو الناظر التصرف في مال القاصر أو الوقف" (٢)، وفي الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة الأربعين بعد المائتين نص على الأموال وغلاتها وذلك: "إذا قضى الحكم بفرض الحراسة على المال المشاع... فللقاضي أن يصرح بتوزيع صافي الغلة" (٣).

وفي آخر مادة للحراسة لم يُغفل المنظم أخذه بلفظ "الشيء" للدلالة على أن ما يُوضع في عهدة الحراسة - رغم ما سبق ذكره - إنما هو الحق المالي الذي هو موضوع الحق، سواء كان مادياً أو حقاً معنوياً، فليس مُقتصرأً على مجرد المال الحسي الظاهر، وإنما هو كل شيء يصح أن يكون محلاً للحق، قابلاً للوضع تحت الحراسة، فنص في المادة الخامسة والأربعين بعد المائتين أنه حين: "تنتهي الحراسة... على الحارس حينئذٍ أن يُبادر إلى رد الشيء" (٤)، وكذلك نص في الفقرة الأولى من لائحته التنفيذية أنه: "يجب على الحارس أن يرد الشيء المعهود إليه حراسته" (٥).

(١) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٥٧/٢).

(٢) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٢٨-١٥١/٢).

(٣) «المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالملكة العربية السعودية» د. معوض عبدالنواب: (٥٥٠).

(٤) «الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية» سليمان الشايعي: (١٤٦/٢).

(٥) «الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي» عبدالله آل خنين: (٤٧٤/٢).

* * *

- 021 -

الخاتمة

إن الباحث في ثنايا مدونات الفقه الإسلامي المختلفة، يجد كما زاحراً من القواعد الكلية، والضوابط القضائية، والفروع التفصيلية، بل والنضج الفكري التشريعي المبكر، الذي يتيح لرجال القضاء، ومُنظريّ، وشُراح القانون المعاصرين المرونة الإجرائية، والاهتداء لإيجاد الحلول الكفيلة لكثير من مسائل العصر الاقتصاديّة المعقدة .

ومنها تقرير الأركان والمرتكزات الحُكميّة؛ لصدور الحكم العاجل لقيام الحراسة القضائية، وقد اكتفيت بتلك الأركان الأربعة؛ نظراً للحاجة، والفاقة إليها لقيام، وصدور حكمها صحيحاً، وما أُورد غيرها من أركان جاوزته، ذلك أنها إما داخلية فيما دونها كالشروط، أو الخصائص، مثل أن لا يمس موضوع الحق، وإما داخلية في عموم ما تشترك فيه جميع الدعاوى، مثل أن يكون له فيها مصلحة، فليست تلك خاصة بدعوى الحراسة؛ لدراستها استقلالاً .

والنظام القضائي السعودي سار على النهج الفقهي، وأسس نظامه على التشريع الإسلاميّ في التصور والحكم حين المنازعات الاقتصادية، وغيرها، فلم يكن منبت الأصل والنشأة، ولا مطلق التبعية للقوانين البشرية، فجمع في تصوره وفكره لأركان الحراسة - وغيرها - بين الإرث الفقهي وبين التقنين القضائيّ الخاضع له .

قائمة بأهم المراجع

- ١- الحراسة القضائية، د / مراد حيدر.
- ٢- الحراسة القضائية، محمد البكري.
- ٣- الحراسة القضائية، صالح الجربوع.

- ٤- الحراسة القضائية، أحمد هاني مختار .
- ٥- الحراسة القضائية في التشريع المغربي، د / عبد اللطيف هداية الله .
- ٦- الحراسة القضائية، عبد الحميد الشواربي .
- ٧- دعوى الحراسة، إبراهيم المنجي .
- ٨- دعوى الحراسة، د / معوض عبد التواب .
- ٩- الحراسة القضائية في التشريع المصري، د / عبد الكريم فراج .
- ١٠- الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية، سليمان الشايعي .
- ١١- قضاء الأمور المستعجلة، محمد علي راتب وزميليه .
- ١٢- الموسوعة القضائية الحديثة في القضاء المستعجل، د / مصطفى هرجة .
- ١٣- القضاء المستعجل، محمد عبد اللطيف .
- ١٤- القضاء المستعجل في نظام المرافعات، د / عمر السناني .
- ١٥- الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين .
- ١٦- المشكلات العملية في القضاء المستعجل، د / عبد الفتاح مراد .
- ١٧- المسؤولية القانونية للحارس، د / حسين خليل .
- ١٨- النظرية العامة للحراسة، د / رضا محمد عبد السلام .
- ١٩- المغني والشرح الكبير لابن قدامة .

* * *